

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVII
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMXCIV

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS
LUIS DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Consejo de Redacción

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ
JESÚS DÍEZ DEL CORRAL
LUIS FIGA FAURA
AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN
GABRIEL GARCÍA CANTERO
ANTONIO GORDILLO CAÑAS
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS
ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

JUAN JORDANO BAREA
FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ
JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
SEBASTIÁN MORO LEDESMA
FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS
MANUEL OLIVENCIA RUIZ
JOSÉ POVEDA MURCIA
LUIS PUIG FERRIOL
IGNACIO SOLÍS VILLA
RODRIGO URÍA GONZÁLEZ

SUMARIO

	Pág.
Estudios monográficos	
MONTES, Ángel Cristóbal: <i>La facultad de elección en las obligaciones alternativas. Nociones básicas y atribución subjetiva</i> .	5
MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: <i>Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones</i>	31
MERINO GUTIÉRREZ, Arturo: <i>El tercero hipotecario y la anotación de embargo</i>	91
MARCO MOLINA, Juana: <i>Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de autor</i>	121

Estudios de Derecho extranjero	
CAÑIZARES LASO, Ana y RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel: <i>La nueva regulación alemana en materia de responsabilidad por daños causados al medio ambiente</i>	209
Información comunitaria	
ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: <i>Crónica de legislación y ju- risprudencia comunitaria</i>	229
Información legislativa	
A cargo de Pedro de ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ	277
Vida jurídica	
<i>Seminario de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo sobre la Reforma del régimen de los arrendamientos urbanos (Santander, 6 al 11 de septiembre de 1993)</i>	295
Bibliografía	
LIBROS: BADENAS CARPIO, Juan Manuel: El sistema arbitral de reclamaciones de consumo, por Luis Martínez Vázquez de Castro.—DÍEZ-PICAZO, Luis: <i>Fundamentos del Derecho Ci- vil Patrimonial</i> (vol. I y II), por Ángel M. López y López.— GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: <i>Derecho de la fa- milia</i> , por Antonio Pau Pedrón.—MARTÍNEZ FLOREZ, Aurora: <i>Las interdicciones legales del quebrado</i> , por María Luisa Sánchez Paredes.—POZO VILCHES, Juan: <i>El recono- cimiento de hijo no matrimonial de mujer casada</i> , por M. ^a Susana Quicios Molina.— <i>El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios</i> , por M. ^a Susana Quicios Mo- lina.—SALVADOR CODERCH, Pablo: <i>El derecho de la li- bertad</i> , por Alma M. ^a Rodríguez Guitián	309
REVISTAS EXTRANJERAS	
A cargo de Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Rosario DÍAZ ROMERO, Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, M. ^a Paz GAR- CÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Eugenia RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUI- TIÁN e Isabel SIERRA PÉREZ	333
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS COMENTADAS	
<i>Actos dispositivos de un cónyuge sobre bienes gananciales. Ine- ficacia del contrato e indemnización del tercero contratante (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1990)</i>	461
SENTENCIAS	
A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Colaboran: Es- ther ALGARRA PRATS, Javier BARCELÓ DOMÈNECH, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Gabriel GARCÍA CAN- TERO, Inmaculada HERBOAS MARTÍNEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Oscar MONJE, Juan Antonio MORENO MAR- TÍNEZ, Áurea RAMOS MAESTRE, Lis SAN MIGUEL PRADERA e Isabel SIERRA PÉREZ	475

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

**MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR
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 e Interior. Gran Vía, 76 - 8.º, teléfono 547 54 22 . 28013 Madrid.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVII
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMXCIV

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

I.S.B.N.: 84-7787-373-9 (Obra completa)

I.S.B.N.: 84-7787-369-0 (Tomo 1)

N.I.P.O.: 051-94-004-4

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

Depósito Legal: M. 125-1958

Imprime: Sociedad Anónima de Fotocomposición.
Talisio, 9. 28027 Madrid

LA FACULTAD DE ELECCIÓN EN LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS. NOCIONES BÁSICAS Y ATRIBUCIÓN SUBJETIVA

ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza

I. NOCIONES BÁSICAS

1. Para que tenga lugar el cumplimiento de una obligación alternativa ha de proceder la concentración de la misma, precisamente en aquella de sus prestaciones que va a ser objeto de realización; pues bien, no existe duda alguna de que el más ordinario, natural e importante medio de concentración es la actuación del *ius electionis* por aquel de los sujetos al que corresponda. Cuál sea la *substantia iuris* del mismo no es algo exento de discusión y duda.

Se trata, en principio, del reconocimiento y admisión, como no podía ser de otra manera en la recta conformación de las cosas, de que la voluntad de los sujetos debe ser básica a la hora de señalar cuál de entre las varias prestaciones alternativamente debidas va a tener verificación, porque la inclusión de semejante modalidad a ellos se debe y porque lo normal es que el interés del negocio no se subordine, en algo tan importante como la precisión de aquello que se ejecute, a eventos ajenos al juego del querer de los partícipes. La relativa indeterminación que la disyuntividad encierra y la mayor complejidad, indefinición y oscurecimiento de la misma sólo pueden tener cumplida explicación, ordinariamente, a través de la previsión de que un acto de voluntad posterior pondrá fin a semejante estado de cosas.

Parece, pues, que tal posibilidad de actuación de los sujetos de la relación obligatoria entraña la existencia a su favor de un poder jurídico. ¿Constituye un genuino derecho subjetivo? Aun-

que no sea éste el lugar adecuado para adentrarse en el difícil y debatido tema del concepto del derecho subjetivo, en una simple apreciación de las cosas parece que si la obligación se conforma como el juego derecho-deber no tendría mucho sentido configurar el que sin mayor rigor denominamos derecho de elección o derecho a elegir como propio derecho subjetivo, aunque sólo sea por la simple consideración de que correspondiendo al acreedor no haría falta tal caracterización en cuanto el mismo ya ostenta la superior titularidad del derecho de crédito, y viniendo atribuido al deudor no dejaría de ser un tanto paradójico que asumiendo la condición de sujeto pasivo de la relación ostentase nada menos que todo un derecho subjetivo, el cual, como es obvio, no cabría ejercitarlo más que frente al acreedor.

2. Con las matizaciones y advertencias que hemos formulado en otra obra¹, quizá podría verse en el *ius eligendi* una simple facultad jurídica que permitiría a quien la disfrute provocar la concentración objetiva de la obligación, aunque esta construcción siempre tropezará con el obstáculo de que si se considera que las facultades forman parte del contenido de los derechos subjetivos, no es empresa fácil determinar de qué derecho *in concreto* se trata en nuestra hipótesis, máxime cuando la elección corresponda efectuarla, como es la regla, al deudor. Siempre sobrevolará sobre una caracterización semejante la sombra de la duda, en cuanto las facultades no son poderes autónomos, sino tan sólo los variados aspectos del contenido de un derecho subjetivo².

Que al ejercitar la elección el sujeto opte, como resulta evidente, por una u otra de las varias prestaciones contempladas, no significa, contra el parecer de Hernández-Gil³, que estemos ante un derecho de opción. Este derecho puede tener naturaleza jurídica real, configurándose como uno de los derechos reales de adquisición preferente, según reconoce sin mayor problema la doctrina⁴, la norma jurídica (artículo 14 del Reglamento hipotecario) y las resoluciones de la Dirección General de los Registros (Res. de 27 de marzo de 1947), por lo que no se alcanza a ver cómo una titularidad de este tipo podría tener campo de maniobra en el ámbito que nos ocupa. Pero es que aunque se configure como

¹ CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1990, pp. 176 y ss.

² RUBINO, «Delle obbligazioni», en *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1957, p. 57.

³ HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, p. 145.

⁴ ROCA-SASTRE, «Contrato de opción», en *Estudios de Derecho privado*, I, Madrid, 1948, pp. 350 y ss.; MENGUAL, «La opción como derecho y como contrato», en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1935, pp. 131 y ss.; MEZQUITA DEL CACHO, «El pacto de opción y el derecho que origina», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, Madrid, 1928, pp. 171 y ss.; TORRES LANA, *Contrato y derecho opción*, Madrid, 1982, pp. 2 y ss., etc.

derecho personal de opción tampoco se adivina cuál puede ser su juego, porque su cometido no pasa de ser el de simple fijación o determinación de aquella de las prestaciones que va a ser cumplida, sin que presente ninguna de las notas u objetivos del verdadero derecho de opción. Sería lo mismo que si en el ámbito sucesorio *mortis causa* se caracterizara el *ius delationis* como derecho de opción en base a que su ejercicio determina la aceptación o repudiación de la herencia. Una cosa es que la actuación de un determinado derecho dé lugar a situaciones de opción, escogencia o diferenciación, y otra que el mismo deba configurarse por ello como derecho de opción estricto.

3. Mayor difusión tiene la idea de que en el *ius eligendi* estamos ante uno de los derechos llamados potestativos, de formación o de configuración jurídica, en cuanto su actuación dé lugar a que una obligación con varias prestaciones se delimite como obligación con prestación única, algo que, en principio, parece constituir o al menos hallarse cerca de una modificación jurídicamente trascendente, ya que, mediante él, como dice la sentencia de 27 de junio de 1916, «se produce la concentración, por lo que la obligación alternativa se convierte en obligación simple».

Así, para Enneccerus el derecho de elección es un derecho de formación por cuyo través tiene lugar la determinación de cuál de las prestaciones debidas alternativamente ha de producir el cumplimiento de las obligaciones⁵. Según Díez-Picazo, se trata de una facultad que pertenece al amplio grupo de los llamados derechos potestativos o facultades de configuración jurídica⁶. Y en el sentir de Hernández Gil, estamos ante un derecho potestativo o de formación, en cuanto provoca por sí una modificación jurídica⁷.

Parece que hay exageración en semejante caracterización del *ius electionis*, en cuanto no se alcanza a vislumbrar qué clase de modificación jurídicamente relevante se ha producido cuando el mismo es ejercitado. Que de las varias prestaciones en liza una tan sola sea la escogida es algo que, sin duda, delimita o define la relación obligatoria de cara a su cumplimiento, pero no se advierte cómo cabe configurar tal acontecer como materialización de un genuino derecho potestativo, si por tal se entiende aquella facultad que permite operar la adquisición, cambio o extinción de una relación jurídica, sin constricción para otro sujeto. En consecuencia, tiene razón Rubino cuando señala que la elección no es un derecho potestativo, en cuanto su efecto inmediato consiste no

⁵ ENNECCERUS y LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, I, Barcelona, 1954, pp. 104-105.

⁶ Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, p. 503.

⁷ HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, p. 145.

en producir una modificación de orden jurídico en la preexistente relación, sino tan sólo en determinar un elemento de hecho, es decir, la prestación debida⁸.

Esto es lo exacto. Al considerar que el mero señalamiento de una de las diversas prestaciones debidas como objeto a cumplir constituye una configuración o modificación jurídica, una de dos, o se tiene una idea demasiado amplia y ayuna de rigor dogmático de lo que ha de entenderse por modificación jurídica, o no hay forma de insertar en ésta aquella situación. Nada nace, nada cambia, nada se extingue cuando el acreedor o el deudor pone fin a la situación de indefinición en torno al cumplimiento en el supuesto de prestaciones disyuntivamente debidas, sino que tan sólo tiene lugar una reordenación de los elementos fácticos en juego mediante la concreción de qué prestación va a ser realizada. Ver en ello al ejercicio de un derecho potestativo supone trascender de la escueta sustancia de esta imprecisa categoría de derecho subjetivo, en cuanto el mismo supone que su titular puede querer con efectos respecto a la esfera jurídica del sujeto pasivo, el cual no puede y no debe hacer nada y solamente se somete a las consecuencias de la declaración de voluntad⁹.

4. Sobre la base de una idea poco clara y menos desarrollada de Barassi, en el sentido de cuando la elección corresponde al deudor la misma constituye un derecho pero al mismo tiempo un débito ínsito en su deber de prestación¹⁰, Rubino ha elaborado la sugestiva teoría de considerar la elección como un poder-deber. La elección es un poder al suponer la posibilidad unilateral de determinar una u otra de las prestaciones debidas alternativamente, pero a la vez es un medio necesario para completar los presupuestos del cumplimiento de la obligación, y, por tanto, un deber. No se trata de un verdadero y propio derecho subjetivo, o, al menos, no está atribuido en el exclusivo interés del sujeto llamado a ejercitarlo, sino de un poder que se complementa con la idea del deber, tanto cuando la elección corresponde al deudor, como cuando la misma está asignada al acreedor, en cuyo caso dicho deber se desenvuelve como una manifestación singular del deber general que atañe a todo acreedor de poner al deudor en situación de liberarse de su obligación¹¹.

También entre nosotros Díez-Picazo ha considerado que cuando la elección corresponde al deudor, no sólo constituye una facultad, sino que además forma parte de su deber de prestación, en el sentido de que si bien aquél puede pretender excluir la elec-

⁸ RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., p. 58.

⁹ SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas generales del Derecho civil*, Madrid, 1964, p. 71.

¹⁰ BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1948, p. 260.

¹¹ RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., p. 57.

ción de otras personas y en particular del acreedor, no es libre, en cambio, de decidir entre ejercitar la elección o no, en cuanto dicho ejercicio es parte de su deber jurídico de prestación¹²; tesis que para el caso del deudor-electtor le parece a Rams Albesa plenamente convincente¹³.

Mientras que en el campo del Derecho público la especie del poder-deber opera con relativa fluidez, en cuanto determinadas potestades son al mismo tiempo deberes cívicos (*ad exemplum*, el derecho-deber de sufragio, al menos en algunos ordenamientos) y otro tanto ocurre en el ámbito del Derecho de familia (patria potestad), en la estricta esfera del Derecho de obligaciones la situación se presenta mucho menos clara, sin perjuicio de que, como se admite sin mayores problemas, la condición de acreedor vaya acompañada de facultades complementarias y de cargas¹⁴, y la de deudor de deberes accesorios y facultades específicas¹⁵.

Sin duda que, corresponda al acreedor o al deudor, la elección supone un poder jurídico, en razón de que atribuye a su titular la potestad de seleccionar una u otra de las prestaciones debidas sin contar con el otro sujeto. Sin duda también que tanto el acreedor como el deudor están sujetos a realizar todo aquello que haga posible el cumplimiento de la obligación y, en concreto, respecto a la alternativa, la selección prestacional pertinente. Y sin duda, en fin, que entre los deberes (*rectius*, cargas) que incumben al acreedor está el de facilitar la liberación del deudor y el de colaborar en lo que sea preciso para que el mismo pueda realizar la prestación. Pero este juego de situaciones jurídicas, este haz de derechos y deberes, ¿pueden ponerse en recíproca relación y dependencia hasta el punto de estimar que en toda obligación alternativa uno de sus sujetos ostenta el derecho-deber de elección?

Parece un tanto exagerado y forzado, porque, obsérvese bien, se intenta poner en conexión lo que es un poder singularizado y exclusivo de la variedad obligatoria de las alternativas con una serie de deberes que nada tienen de específicos respecto a esta modalidad, en cuanto existen en toda relación obligatoria. El poder de elegir del acreedor entre las prestaciones disyuntivamente previstas no tiene nada que ver con el deber genérico que incumbe al acreedor de facilitar la liberación del deudor o el de éste de hacer lo que sea pertinente para que tenga lugar el cumplimiento de la prestación, algo esto último que es mera consecuencia o emanación natural del deber de prestación que caracteriza la situación jurídica de todo deudor.

¹² DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pp. 503-504.

¹³ RAMS-ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, Madrid, 1982, p. 290.

¹⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Madrid, 1988, pp. 72 y ss.

¹⁵ CRISTÓBAL MONTES, *La estructura...*, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

En realidad, se estarían conjugando categorías jurídicas distintas y se pondrían a jugar en un mismo plano poderes específicos con deberes generales, configurándose un híbrido e inarmónico derecho-deber, formado a un tiempo por el singularísimo poder que en la obligación alternativa concierne al acreedor o al deudor para determinar con qué prestación concreta se va a realizar el vínculo y una serie de deberes generales, abstractos y constantes, ora atinentes al acreedor, ora relativos al deudor, que en toda obligación existen como exigencia inexcusable para propiciar su cumplimiento.

No parece, pues, que en relación al *ius electionis* la idea del derecho-poder sea la más conveniente, porque en Derecho, como en cualquier otro orden lógico, no cabe colocar en plano de igualdad lo que se encuentra a niveles diferentes, ni es posible armonizar lo genérico con lo concreto, ni tiene sentido elaborar categorías jurídicas que por obra y gracia de los elementos que las componen no podrán funcionar con pleno encaje y sin chirridos. Un derecho-deber como el que pretende *in genere* Rubino o como el que contempla más restrictivamente Díez-Picazo, en cuanto pretende conjugar lo inconjugable, no sirve como formulación dogmática adecuada y plantea muchos más problemas que los que resuelve.

5. En hipótesis, cabría también la posibilidad de considerar que cuando la elección corresponde al deudor la misma se configura como un deber accesorio del básico deber de prestación y cuando esté atribuida al acreedor constituiría una carga del mismo, entendida ésta como la conducta que opera en función de presupuesto necesario para el ejercicio de una facultad por parte de dicho acreedor o como «imperativo del propio interés para evitar un perjuicio», en la caracterización clásica de Goldschmidt y Esser. Aun dejando aparte la circunstancia, dogmáticamente inadmisibles, de que una misma situación jurídica se califique conceptualmente de una u otra manera según se contemple en relación al acreedor o al deudor, lo cierto es que si resulta difícil ver el *ius electionis* como un deber más en el marco de los débitos que incumben al deudor, todavía lo es más considerar que el mismo pueda constituir una carga que incumba al acreedor, habida cuenta la caracterización de esta categoría jurídica; por lo que parece razonable la afirmación de Cabanillas Sánchez de que «la facultad de elección en la obligación alternativa concedida al acreedor, tiene poco que ver con la carga»¹⁶, aunque, a continuación, incurra en la, en nuestra opinión, equivocada tesis de ver en aquella facultad un supuesto de las denominadas facultades de configuración jurídica.

¹⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor...*, op. cit., p. 62.

6. Quizá, por tanto, no tenga mucho sentido intentar encajar la elección en alguna de las concepciones que se han bosquejado y menos elaborar en torno a ella la siempre discutible, confusa e imprecisa noción del poder-deber, cuando lo que ocurre es que la escogencia a practicar es tan sólo algo que emana con carácter necesario de la propia formulación institucional de la obligación alternativa. Si lo configurador de ésta es la existencia de varias prestaciones disyuntivamente adeudadas, es obvio que, por exigencia natural, habrá de procederse a señalar cuál de ellas va a ser objeto de realización, porque ello emana necesariamente del concepto mismo de la variedad obligatoria que se considera; y, en consecuencia, no tiene mayor sentido adentrarse en la conformación dogmática de algo que se nos presenta como un mecanismo natural y obligado de la relación alternativa.

Cierto que en el denominado *ius electionis* cabe vislumbrar la idea de poder jurídico, en cuanto faculta a su titular para actuar de una u otra manera y en cuanto dicho actuar tiene repercusiones jurídicas, pero ese aspecto, en nuestra opinión, se desdibuja sensiblemente si se tiene en cuenta que el poder en cuestión carece totalmente de autonomía, no tiene caracterización propia y no posee perfiles definidos, en razón de que su sustancia y función no son otras que las de preparar a la obligación alternativa para ser ejecutada mediante el señalamiento de una de las prestaciones presentes en la misma. Que ello sea un derecho, un deber o un poder-deber, quizá suponga exagerar los términos, ya que su actuación queda un tanto lejos de la justificación y cometido normal de los mismos, en base a que aquí no se pasa de la simple reordenación de los elementos presentes en la obligación, de un reacomodo fáctico, de preparar materialmente la relación obligatoria para que se efectúe su ejecución, en suma, como sutilmente advierte Rubino, de un medio preciso a fin de «contemplar los presupuestos necesarios para el cumplimiento de la obligación»¹⁷.

II. ATRIBUCIÓN SUBJETIVA

1. Que la elección de la prestación a realizar corresponda a uno u otro de los sujetos presentes en el vínculo obligatorio es algo tan propio y natural como que semejante asignación pertenezca al ámbito dispositivo de la autonomía contractual de las partes, las cuales pueden orientar el *ius eligendi* en la dirección que les parezca, como pueden convenir, asimismo, que su ejercicio será objeto del común acuerdo o se realizará de una u otra forma o con sujeción a determinadas modalidades, precisiones o

¹⁷ RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., p. 57.

condicionantes. Nada nuevo ni extraño en un campo signado por la nota de la irrestricta soberanía dispositiva de los sujetos intervinientes.

¿Podrá encomendarse la elección a un tercero? Es obvio que las partes contratantes en base al principio de la autonomía de la voluntad pueden encomendar a un extraño la designación de cuál será el concreto objeto de los contemplados que habrá de realizarse, de la misma manera que compete al testador el poder de hacer similar encomienda para discernir entre los diversos bienes legados; pero, en semejantes casos, ¿estaremos ante una obligación y legado alternativos o ante una obligación y legado condicionales?

En el Derecho romano la materia parece estar suficientemente clara. Gayo advertirá que «si se comprendió la persona extraña de este modo: la que eligiese Ticio de las dos, el que estipuló no puede pedir de otro modo que si eligiese Ticio»¹⁸; texto que ha entendido siempre la romanística en el sentido de que la elección del tercero opera como condición, y, en consecuencia, no existe obligación alguna hasta que el tercero haya elegido (condición cumplida), y si el mismo muere sin haber realizado la elección, su heredero no podrá efectuarla, ya que se trata de un acto que aquél debe realizar personalmente¹⁹. De todas maneras, Justiniano estableció que en el supuesto de legado alternativo (*legatum optionis*) con elección encomendada a tercero, si éste deja pasar un año sin hacerla, se considere traspasada la elección al legatario; matiz que determinaría el que la obligación deje de ser condicional y se convierta en alternativa²⁰.

La civilística tradicional (Pothier, Demolombe, Giorgi, etc.) así lo verá también, aunque no falte alguna voz discordante (Ricci, por ejemplo), y los Códigos civiles de modelo francés silenciarán el supuesto, hablando en exclusiva de acreedor y deudor a la hora de contemplar la referencia subjetiva del derecho de elección («la elección le pertenece al deudor, si no se le ha concedido expresamente al acreedor», art. 1.190 del *Code*, y en similares términos

¹⁸ D. 45,1141,1.

¹⁹ D'ORS, «En torno a la llamada obligación alternativa», en *Revista de Derecho privado*, 1944, p. 20.

²⁰ «Que si alguno dejase la elección del siervo o de la cosa, no al legatario, sino al arbitrio de un tercero, Ticio, por ejemplo, y Ticio no quisiese elegir, o no pudiese, o hubiere premuerto, en este caso dudaban también los antiguos lo que se había de disponer, entre si se había extinguido el legado o si se debía ayudar al legatario a fin de que la elección se hiciese al arbitrio de hombre honrado. Establecimos que si el que estuviese encargado de elegir no lo hiciese dentro del año, por negligencia, por impotencia o por haber premuerto, se entiende que se concede al legatario la facultad de escoger; mas éste no puede escoger el mejor esclavo o la mejor cosa, sino que debe limitarse a una de un valor intermedio, pues, de otro modo, queriendo ayudarle, perjudicaría al heredero»: C. 6,43,3,1.

el art. 1.132 de nuestro Código civil). Algo que llevará a la mayor parte de la doctrina de nuestros días a considerar que si la facultad de elección está atribuida a un tercero, semejante circunstancia hace las veces de un hecho futuro e incierto que determina el cambio de la obligación, formalmente alternativa, en obligación condicional, por más que conserve el aspecto externo de aquélla y le sean aplicables algunas de sus reglas. Construcción jurídica que inducirá a algún autor de la hora presente (Rams Albesa) a aseverar, sin aparente obstáculo, que «en el supuesto de elección atribuida a un tercero, la obligación nacida es estructuralmente una alternativa, pero en esencia se trata de una obligación condicional»²¹.

El Código civil alemán, aunque no contemple específicamente semejante posibilidad en el ámbito de las obligaciones alternativas, al regular en los párrafos 317, 318 y 319 la determinación *in genere* de la prestación en las relaciones obligatorias derivadas de contrato, ha dado pie para que se admita sin mayor problema que en aquéllas la facultad de elegir puede estar atribuida a un tercero, sin que resulte afectada en nada su sustancia jurídica. Así, por ejemplo, Enneccerus y Lehmann señalaron que la determinación de la prestación dentro de los límites trazados por el contenido de la obligación debe hacerse en virtud de elección del deudor, del acreedor o de un tercero, supuesto este último en el que si el tercero hace una elección abiertamente injusta o si la retrasa o no puede o no quiere hacerla, puede sustituirse por una sentencia judicial²².

Pero ha sido el Código civil italiano de 1942 el que ha roto de una manera clara y terminante con semejante estado de cosas. En su artículo 1.286 dispone que «la elección corresponde al deudor, si no se ha atribuido al acreedor o a un tercero»; en el párrafo tercero del artículo 1.287, a propósito de la decadencia de la facultad de elección, ordena que «si la elección se deja a un tercero y éste no la hace dentro del término que se le ha asignado, la misma se hace por el juez»; y, consonante, en materia sucesoria establece que «en el legado alternativo la elección corresponde a quien sufre la carga, a menos que el testador la haya dejado al legatario o a un tercero» (art. 665). Algo que a la doctrina italiana actual le parece de lo más natural, ya que si en tema del objeto del contrato la determinación de la prestación puede deferirse a un tercero (art. 1.349), lo mismo debe ocurrir *a fortiori* en el ámbito de las obligaciones alternativas, campo en el que la determinación del tercero se circunscribe, según escribe Rubino, a un círculo más circunscrito de objetos²³.

²¹ RAMS ALBESA *Las obligaciones alternativas*, op. cit., p. 261.

²² ENNECCERUS y LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, I, op. cit., pp. 103-106.

²³ RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., p. 81.

2. Como hemos señalado en otro lugar ²⁴, no existe en nuestro ordenamiento civil una pauta general como la del artículo 1.349 del *Codice civile*, ya que sólo se dan remisiones a la determinación prestacional por parte de tercero en figuras concretas. Así, según el artículo 1.447 del Código civil el señalamiento del precio en el contrato de compraventa puede dejarse «al arbitrio de persona determinada», y a tenor del artículo 1.690, en la esfera del contrato de sociedad, pueden los socios «confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas».

Sobre la base de esas concretas previsiones legales, ¿cabrá inducir en nuestro Derecho la presencia de una prescripción genérica que permita la determinación de las prestaciones por voluntad de tercero? Ya hemos dejado escrito que pocas dudas puede haber respecto a la contestación afirmativa, si se tiene en cuenta nuestra tradición romanista, el amplio juego de la autonomía privada y las manifestaciones que de la figura afloran en el articulado de nuestro Código civil. Nada vamos a añadir en este lugar, por más que el precepto general sobre la materia (art. 1.273) calle injustificadamente en este punto e, incluso, plantee una regulación, en torno a la determinación del objeto del contrato, a todas luces inadecuada, corta y mutiladora, que ha ocasionado, numerosas perplejidades, dudas e incongruencias en la doctrina española, y que, en nuestra opinión, no cabe restringir a una sola variedad obligacional, sino que debe entenderse en el sentido de que permite la determinación posterior de las prestaciones, siempre que se haya establecido al respecto un criterio suficiente de determinabilidad ²⁵.

No parece, en consecuencia, que exista inconveniente alguno para el juego en el ámbito de las obligaciones alternativas de la elección encomendada a un tercero. El problema no es ése, sino el de considerar, tal como ha hecho la doctrina tradicional, que semejante previsión determina la inclusión en el negocio fuente de un hecho futuro e incierto (el señalamiento prestacional a realizar por dicho tercero) que convierte la obligación alternativa en condicional, o, por el contrario, estimar que una previsión de ese tipo no tiene por qué afectar la sustancia del vínculo disyuntivo.

3. La aparente facilidad y comodidad que brinda la fórmula condicional, si bien puede explicar el que la mayor parte de los autores se deje captar quietamente por ella, no excluye, empero, que la misma lleve *in nuce* una profunda e insalvable contradicción: la presencia de una obligación condicional allí donde se quería otra alternativa, sin que haya mediado ninguna previsión al res-

²⁴ CRISTÓBAL MONTES, *La estructura...*, op. cit., pag. 184.

²⁵ *Ibid.*, p. 180.

pecto de los sujetos interesados (¿dónde queda el *animus novandi?*), y sin que exista razón jurídica suficiente para justificar semejante transmutación. Hernández-Gil ha intentado aliviar tan atípica situación arguyendo que si bien la tesis de la condicionalidad no resulta del todo exacta para explicar los casos de determinación de la prestación mediante el concurso del tercero, es lo cierto que se comunica a la obligación una incertidumbre, algo que, empero, no significa que desaparezca la naturaleza alternativa de la misma. «La nota de la condicionalidad, si en rigor la hay —escribe—, podrá añadirse a la obligación alternativa, ya por la actuación del tercero a su arbitrio, ya mediante la subordinación de los efectos de la obligación a cualquier acontecimiento futuro e incierto; pero el carácter condicional que asume la obligación no viene a reemplazar su previa y propia naturaleza alternativa, que subsiste»²⁶.

Algo se avanza con esta construcción, porque al menos la alternidad querida por las partes no se nos desvanece en la sima de la condicionalidad, ni se predica el singular conjunto de una obligación externamente alternativa pero en su interior condicional, ni se intenta, según pretende Rams Albesa, que cuando la elección se atribuye a un tercero, la obligación nacida es *estructuralmente* una alternativa, pero en esencia se trata de una obligación *condicional*, ya que no se acierta a entender cómo algo puede tener la estructura de una cosa y la esencia de otra diferente; pero, en cualquier caso, no se alcanza el grado de precisión y rigor dogmático deseable.

Ya se sabe que la obligación alternativa como cualquier otra variedad obligatoria puede formularse como pura o como condicional, pero que ello no significa poner en comunicación uno y otro concepto, y menos considerar que cabe el trasvase jurídico de la primera a la segunda. En el fondo, lo que hay es un simple error terminológico, porque aunque por comodidad y por utilización mecánica de la defectuosa dicción legal hablamos de «obligaciones condicionales» (art. 1.114, C.c.), lo cierto es que al negocio generador de la obligación se le ha incorporado la modalidad o elemento accesorio que implica la condición. Ello da lugar a que el contrato (él sí) resulte condicional o sometido a condición y su eficacia quede supeditada al cumplimiento o no del evento futuro e incierto en que la misma consiste, pero no a que nazcan obligaciones condicionales, aunque sólo fuera por la razón de que tratándose de una condición suspensiva las obligaciones no existen hasta que la misma se realiza.

Cuando en una obligación alternativa la elección de la prestación a cumplir se encomienda a un tercero, es cierto que se comunica a la misma, como dice Hernández-Gil, una cierta «in-

²⁶ HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 147.

certidumbre», pero esa incertidumbre escasamente tiene algo que ver con aquella previsión, sino que emana con toda naturalidad de la propia esencia de la obligación alternativa, en cuanto la misma implica, *ex definitione*, variedad de prestaciones disyuntivamente debidas; ni más ni menos que lo que ocurre cuando el *ius electionis* está atribuido al deudor o al acreedor. Y desde luego no guarda relación alguna con el evento condicional, que es algo que puede añadirse o no a la alternidad, pero que en ningún caso la reemplaza o desnaturaliza.

El doble supuesto que plantea Hernández-Gil de que la nota de condicionalidad (siempre bajo la tibia convicción de «si en rigor la hay» en relación al primero de ellos) puede añadirse en la obligación alternativa, bien por la actuación del tercero o bien mediante la subordinación de sus efectos a cualquier acontecimiento futuro e incierto, no es dogmáticamente tal ni supone paridad de situaciones, porque si bien es correcto que en el segundo de ellos la obligación será ciertamente alternativa condicional, en el primero, por el contrario, la contemplación del actuar del tercero no supone, *stricto iuris*, la inclusión de elemento condicional alguno. De todas maneras, la aseveración del civilista citado se debilita sensiblemente y hasta resulta irrelevante cuando, tras las afirmaciones expuestas, concluye que «el carácter condicional que asume la obligación no viene a reemplazar su previa y propia naturaleza alternativa, que subsiste»; porque ¿en qué queda entonces la nota de condicionalidad?, y, sobre todo, ¿para qué hace falta referirse a la misma si no hemos salido del ámbito estricto de la alternatividad?

4. La contemplación de que la elección de una de las prestaciones alternativamente adeudadas ha de realizarla un tercero no supone, en consecuencia, la inclusión de condición alguna en el negocio generador del vínculo y, por ende, nada tiene que ver con hipotéticos cambios de naturaleza del mismo, ni ello sería posible, ni tiene sentido alguno su planteamiento y admisión. Lo único que ocurre es que a la hora de precisar cómo se elegirá entre una y otra prestación las partes han convenido que semejante determinación la haga una tercera persona y no una de ellas, algo que ni quita ni pone nada respecto al carácter alternativo del vínculo generado.

Quizá la causa principal de la confusión en ordenamientos civiles como el nuestro, que no contemplan expresamente la atribución del *ius eligendi* a un tercero, se halle no tanto en el hecho de que el tercero puede realizar o no la concentración prestacional que se le ha encomendado (algo que parece guardar un cierto parentesco funcional con el mecanismo de la condición), sino en la circunstancia de que la aludida identificación facilita sobremana las cosas, aparentemente al menos, en el caso de que dicho tercero decida eludir la determinación que le concierne.

Sentenciar que en tal supuesto la condición suspensiva inserta se ha frustrado y, por tanto, la obligación supuestamente alternativa no llega a nacer, es una cómoda solución, que evita interrogantes y problemas, y remite a la seguridad del juego de un recurso jurídico tan conocido y corriente como el de la *condicio facti*. Si a esto se añade que semejante solución parece encontrar, *servata distantia*, un cierto apoyo legal en el supuesto de que la determinación o fijación del precio en el contrato de compraventa se haya dejado «al arbitrio de persona determinada», ya que según el párrafo segundo del artículo 1.447 del Código civil, «si ésta no pudiese o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato», la conclusión que se comenta parece hartamente recomendable y conveniente.

Pues bien, aunque no faltan autores, como Badenes Gasset, que estiman que «cuando se encomienda a un tercero la fijación del precio, la venta es condicional, porque su eficacia depende de que el tercero llegue a señalarlo»²⁷, y en el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de 21 de abril de 1956, 22 de noviembre de 1966, etc.), parece razonable considerar que no estemos en presencia de una compraventa sometida a condición, sino que, como advierte García Cantero, lo que procede es considerar que las partes no han querido subordinar la eficacia del contrato al hecho futuro e incierto de la fijación del precio por el tercero, sino que más bien hay que pensar que las mismas quieren la eficacia del contrato en todo caso, limitándose a delegar de común acuerdo, en otra persona, la determinación precisa de uno de sus elementos esenciales²⁸.

Efectivamente, semejante situación es engañosa, primero, porque en el artículo 1.447 del Código civil no estamos ante un supuesto de venta condicional, por más que la no fijación del precio por el tercero determine su ineficacia, ineficacia directamente emanada de la ley y no del juego de una supuesta condición suspensiva que no se adivina por parte alguna (solución, por lo demás, hartamente criticable y poco práctica), y, en segundo lugar, porque aunque se tratase de una genuina *condicio facti*, la fórmula valdría para el caso legalmente contemplado y a lo sumo para aquellos otros en los que se apreciase «identidad de razón» (algo, de todas maneras, muy discutible por tratarse de un precepto sancionador, excluido, en principio, del juego analógico: art. 4.º, 2, C.c.), pero no se advierte cómo podría trasladarse al supuesto en que se haya dejado al arbitrio de un tercero la determinación de cuál de las prestaciones disyuntivamente debidas ha de ser realizada.

²⁷ BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, I, Barcelona, 1979, p. 245.

²⁸ GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albadalejo*, XIX, Madrid, 1980, pp. 49-50.

La dificultad reside en que si se prescinde de la condición no se sabe qué hacer cuando el tercero no elija una u otra prestación. En los ordenamientos civiles alemán (parágrafo 319 del B.G.B.) e italiano (art. 1.287), en tal supuesto se establece que la elección frustrada del tercero se sustituirá por la determinación judicial, pero en el español no se dice nada, y ello parece complicar las cosas, amén de generar la tentación de deslizarse hacia la vía cómoda de la condición suspensiva incumplida: la obligación supuestamente alternativa no llegará a tener eficacia.

Aun dejando a un lado que en el caso de obligación con diversidad de prestaciones cuya selección se haya encomendado a un tercero la obligación nace desde luego y nada más lejos de la voluntad de las partes que el que su eficacia se haga depender de su acontecer futuro e incierto, la verdad es que si en la misma planteamos la existencia de una relación obligatoria condicional, igual debería concluirse en las hipótesis de que la elección corresponda al acreedor o al deudor, y, por ende, toda obligación alternativa sería siempre condicional, ya que su eficacia se haría depender del acontecimiento incierto de una determinación voluntaria. Algo que supondría, incluso, la desaparición de la categoría misma de las obligaciones alternativas, porque ¿para qué ocurrir a ella si toda su trama se puede explicar perfectamente a través del juego del evento condicional?

5. Pienso que las cosas ocurren de otra manera. El Código civil español como no contempla expresamente la elección por tercero nada dice tampoco en relación a la frustración de tal acontecer, pero tampoco dice nada cuando el deudor o el acreedor no elige, hipótesis contempladas específicamente, mientras, por ejemplo, el *Codice civile* en su artículo 1.287 dispone que cuando el deudor no elija, la elección corresponde al acreedor, cuando no lo haga éste, pasará al deudor, y cuando la eluda el tercero, la misma se hará por el juez. ¿Qué ocurrirá en nuestro sistema?

Pues parece que al no existir pauta legal orientadora los tres supuestos de elección por parte del deudor, acreedor y tercero deberán ser tratados de la misma manera, porque los tres, como se ha visto, inciden de igual modo en la estructura de la obligación alternativa y porque *ubi lex non distinguit...* Ahora bien, ¿cuál será el tratamiento jurídico adecuado?

Si la obligación alternativa es una obligación plenamente existente, si las partes la han querido eficaz en cuanto no la han subordinado a condición alguna (cosa que, por lo demás, pueden hacer sin problema si así les place) y si la elección, en realidad, no pasa a ser más que un medio preciso a fin de completar los presupuestos necesarios para el cumplimiento de la obligación²⁹,

²⁹ RUBINO, *Delle obbligazioni, op. cit.*, p. 57.

no parece que la solución a la interrogante planteada pueda ser otra que la de estimar que si el deudor no elige, el acreedor le pueda compeler judicialmente en tal sentido, que si es el acreedor quien no realiza la elección, quepa al deudor similar iniciativa, y si, en fin, es el tercero el que no se decide a señalar la prestación que ha de ser cumplida, puedan tanto el deudor como el acreedor reclamar judicialmente ante semejante omisión.

Cualquier otra solución que permita poner en entredicho la eficacia de la obligación alternativa en tales supuestos, desnaturalizaría la figura, introduciría subrepticamente el juego de la condición, que se ha rechazado con claridad, o daría lugar a discriminaciones y efectos jurídicos diferentes entre supuestos sustancialmente idénticos. Desde luego no hay por qué advertir que en los tres supuestos contemplados, al tratarse de un hacer personal de acreedor, deudor o tercero, el pronunciamiento del juez no podrá imponer la necesidad de que los mismos procedan ineluctablemente a la elección prestacional eludida (*nemo ad factum praecise cogi potest*), sino que la voluntad del propio juez sustituirá la de las partes o al tercero, y será él quien proceda a señalar cuál de las varias prestaciones disyuntivamente contempladas ha de realizarse por el deudor, circunstancia que no tiene por qué resultar extraña en nuestro sistema civil, ya que la jurisprudencia viene admitiendo sin problemas que la obligación de emitir una manifestación de voluntad debe considerarse como fungible y, por ende, que el juez puede sustituirla por la suya (sentencias de 1 de julio de 1950, 28 de junio de 1974, etc.).

Díez-Picazo pretende distinguir entre el supuesto de que el tercero tenga un interés personal en la prestación y el de que resulte un mero arbitrador que trata de salvar la falta de acuerdo entre las partes, ya que mientras en el primer caso la falta de elección del tercero hará ineficaz el negocio, en el segundo tal omisión deberá ser suplida por la autoridad judicial³⁰. En realidad, se trata de una supuesta distinción sin mayor fundamento, ya que ni es fácil colubrar la hipótesis del tercero que no tenga interés alguno en las prestaciones alternativamente contempladas, ni se alcanza a apreciar cómo semejante interés puede afectar a la eficacia del negocio creador de la obligación. Si esto es así, no parece que exista mayor obstáculo para que su tesis parcial de intervención de la autoridad judicial pueda extenderse a todo supuesto en que la elección de la prestación a cumplir se haya dejado a tercero, tal como por nuestra parte pensamos.

6. El supuesto, empero, de que la elección prestacional esté atribuida a un tercero resulta excepcional, porque lo ordinario y natural es que semejante actuación corresponda a las partes pre-

³⁰ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 505.

sententes en la relación obligatoria, y, de manera muy particular, al deudor, por elemental aplicación del criterio de *favor debitoris*, que supone la interpretación de toda obligación en sentido favorable al obligado y en la dirección de que implique la vinculación menor del mismo (*in obligationibus quod minus est sequimur*); algo que en el ámbito de las obligaciones alternativas parece debe consistir, precisamente, en que sea posible a la persona obligada la elección de aquella de las cosas debidas de manera disyuntiva «que más cómodamente pueda entregar o cuya entrega le resulte menos onerosa»³¹.

Este pensamiento, que encuentra su origen remoto en la previsión de Gayo de que «los reos son más favorecidos que los actores»³², ha parecido siempre harto razonable, escasamente ha despertado suspicacias y ha pasado a la generalidad de los Códigos civiles, que se limitan a constatar que si los interesados no han previsto otra cosa «la elección corresponde al deudor» (art. 1.190 del *Code*, art. 1.286 del *Codice*, parág. 262 del B.G.B., art. 1.132 de nuestro Código civil, etc.). Y, sin embargo, se ha cometido cierta exageración en esta forma de ver las cosas.

En efecto, una cosa es que en caso de «duda», como dice el Código civil alemán, o cuando las partes no hayan previsto nada al respecto, el *ius eligendi* resulte atribuido al deudor, porque parece más razonable, en principio, que ante semejante imprecisión sea la voluntad del obligado la que resuelva en uno u otro sentido, y otra que se refuerce tanto el protagonismo de éste a la hora de decidir cuál debe ser la dirección prestacional en la obligación alternativa que resulte poco menos que insólita y extravagante semejante atribución al acreedor, hasta el punto de que se precise una puntualización categórica de los interesados para que el sujeto activo de la obligación quede facultado al objeto de poder realizar la elección de la prestación que deberá ser cumplida, máxime si, como es evidente, existen casos de obligaciones alternativas en que de su propio contexto emana la circunstancia de que el señalamiento deberá hacerlo el acreedor.

Es decir, que el criterio de que corresponde a las partes el señalamiento pertinente respecto a la atribución del *ius electionis* y de que si aquél no se produce éste corresponde al deudor, no es otra cosa que una pauta meramente indicativa, desde el momento en que se dan hipótesis en las que la elección viene pre-determinada a favor del acreedor y en las que el pacto en contrario de los sujetos para atribuirle al deudor supondría un profundo desvirtuamiento de la peculiaridad de la relación obligatoria. En este sentido, advierte con razón Díez-Picazo que para poder con-

³¹ MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX (segunda edición, revisada por Marín Pérez), Madrid, 1957, p. 820.

³² D. 50, 17, 125.

cretar a quién corresponde la facultad de elección «habrá que atender al propósito práctico perseguido por las partes y a la función empírica que las mismas han atribuido al negocio»³³; y resalta Lacruz que no tiene sentido mantener la elección a favor del deudor cuando, según apariencia y concepciones sociales evidentes, corresponde al acreedor, «como si se rifan alternativamente dos premios de valor diferente sin decir que el favorecido podrá escoger, mas sobreentendiéndolo así cualquier partícipe en el sorteo»³⁴.

El no haber advertido o valorado suficientemente estas circunstancias es lo que llevó al codificador francés a incluir en el artículo relativo a la materia (art. 1.190) la poco afortunada expresión de que para que la facultad de elegir corresponda al acreedor debe habersele concedido «expresamente». El Código civil italiano de 1865 recogerá en su artículo 1.178 el mismo señalamiento, y el artículo 1.132 de nuestro Código civil sucumbirá también a semejante rigor, disponiendo que «la elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor»

7. Aunque no faltaron voces que desde el principio advirtieron que lo de la atribución expresa al acreedor no pasaba de ser más que una inconveniente exageración que iba a plantear más problemas que los que resolvería e, incluso, podía conducir a situaciones netamente incongruentes y hasta injustas, por lo que debería bastar al respecto con que la intención de las partes se pueda conocer de manera indubitable, aunque sea a través de medios indirectos (Demolombe), el grueso de los comentaristas franceses, llevados por su particular devoción a la letra del Código civil, sostendrá que el término «expresamente» reclama la atribución explícita al acreedor, hasta el punto de que, por más que no haga falta el empleo de una fórmula sacramental, no será suficiente la utilización de cualesquiera términos por los interesados si de los mismos no se traduce con suficiente claridad y énfasis dicha atribución.

Así, Laurent considera que será adecuado al respecto si en el contrato se habla de que el acreedor «tomará», pero, en cambio, no bastarían las palabras de «pedirá» o «exigirá», porque no son suficientes para dar a entender que la elección es del acreedor³⁵. A Giorgi le parece, con razón, que en esa manera de argumentar hay un poco de mezquindad leguleya, ya que aunque se considere, como él consideraba, que la voluntad de conceder la elección al acreedor debe ser expresa, «creemos suficiente el sentido total del

³³ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 503.

³⁴ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, p. 41.

³⁵ LAURENT, *Principes de Droit civil français*, XVII, Bruselas-París, 1878, pp. 229 y ss.

contrato, atribuyendo a las palabras, según las reglas generales de la interpretación, el significado que resulte conforme con la común intención de los contratantes»³⁶.

También entre nosotros Mucius Scaevola se pronunciará a favor de la valoración rigurosa del término «expresamente», incluso en los casos en que por tratarse de obligaciones constituidas para la seguridad de los derechos del acreedor, como la fianza y la hipoteca, el pensamiento tradicional solía atribuir a éste la elección de la cosa en que la obligación debía consistir, porque nuestro autor no advierte diferencia esencial entre el caso en que se deben entregar al acreedor cosas o deban prestársele servicios y aquel en que hayan de constituirse garantías en su beneficio; por más que no deje de reconocer que «el demasiado rigor de la palabra *expresa*, empleada por la ley, lleva muchas veces la duda al ánimo y conduce a declaraciones de los Tribunales contrarias a lo que, habiendo sido el natural y verdadero pensamiento de los contratantes, no se acertó a expresar, sin embargo, en forma suficiente, clara y definida, para quedar incluida en la categoría de las manifestaciones expresas a que se refiere la ley»³⁷.

Hay evidente exceso en estas manifestaciones y un apego excesivo a la literalidad de la ley. Cierto que el término «expresamente» está ahí y no cabe ignorarlo, pero no menos cierto que existe también consenso en nuestra doctrina en el sentido de que la utilización de esa palabra en el artículo 1.132 como en otros del Código civil (por ejemplo, el artículo 1.137 a propósito de la solidaridad) no debe entenderse en su estricta literalidad, sino en el sentido de que las partes tienen una voluntad real en esa dirección, esto es, desean de manera verdadera y firme semejante determinación, incluso aunque no lo hayan manifestado en forma expresa³⁸.

Claro que el problema se obvia si como ocurre en el párrafo 262 del B.G.B. la ley se limita a señalar que «el derecho de elección en la duda corresponde al deudor», o como sucede en el artículo 1.286 del *Codice civile* italiano la norma habla de que «la elección corresponde al deudor, si no se ha atribuido al acreedor o a un tercero», pero no parece que las cosas deban discurrir por otro camino en aquellos ordenamientos civiles, como el nuestro, en los que se prescribe que la elección ha de atribuirse al acreedor «expresamente», porque una interpretación diferente conduciría a situaciones que en unos casos aparecerían reñidas con la realidad misma de los hechos y en otros significarían, in-

³⁶ GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, IV, Madrid, 1911, p. 439.

³⁷ MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX, *op. cit.*, pp. 820-821.

³⁸ CRISTÓBAL MONTES, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Barcelona, 1985, p. 16.

cluso, el desconocimiento y vulneración de la voluntad de las partes, claramente orientada en una dirección distinta de la que patrocinaría la exigencia literal de la norma.

8. Porque, en efecto, ¿qué es lo que realmente se quiere significar cuando la ley habla de concesión expresa de la elección al acreedor? Pues sencilla y llanamente lo siguiente: Ésta es una materia, como tantísimas otras del Derecho de obligaciones, entregada al imperio de la determinación de las partes, regida por la pauta de la autonomía de la voluntad y la libertad de pacto; algo que significa tan sólo que la suprema y última resolución en torno a cuál de los sujetos ostentará el *ius electionis* corresponde, en principio, a ellos, y, en consecuencia, la pueden ordenar como tengan a bien. Por tanto, aunque, en ausencia de previsión, la ley se incline por el deudor, no existe duda alguna de que los interesados han podido contemplar la solución inversa de que la elección corresponda al acreedor. En tal caso, lo digan o no expresamente, lo manifiesten o no de manera tajante, procedan o no a especificar semejante voluntad, no puede existir duda alguna de que la misma entrará a jugar con sólo que del contexto negocial y de sus implicaciones pueda derivarse con suficiente rigor la existencia de una determinación semejante.

La ley no va más allá, ni puede ir en este campo esencialmente dispositivo, de recordar que la decisión corresponde a los interesados y de que si los mismos no manifiestan que el *ius eligendi* se atribuye al acreedor, vendrá reconocido al deudor. Ahora bien, cuál sea la forma de esa manifestación, es indiferente no obstante la utilización del término «expresamente», porque lo que en realidad se quiere significar es que sea real, efectiva, verdadera, constante y pueda acreditarse la determinación volitiva de hacer la adscripción que se comenta. Como bien dice Albaladejo, no tiene que haber concesión expresa, sino que el espíritu de la ley es que basta que, utilizando los medios normales de interpretación, se pueda averiguar con seguridad que hubo efectivamente voluntad de que eligiese el acreedor, esto es, que haya certeza de concesión al acreedor de la facultad de elegir, de modo que, en la duda, quien haya de elegir sea el deudor³⁹.

Ninguna novedad hay en lo antedicho, porque ello es el juego normal en las materias regidas por el imperio de la voluntad negocial, pero es que creo todavía puede darse un paso más bajo el amparo de la protección que brinde la red de que caso de que se produzca una situación dudosa, imprecisa o no resoluble la elección corresponderá al deudor. Y es que aunque las partes no se hayan paseado por el punto en cuestión y, en consecuencia, no

³⁹ ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XV-2, Madrid, 1983, pp. 165-166.

pueda hablarse de que existe una voluntad común, expresa o tácita, formada al respecto, deberá concluirse que el *ius electionis* corresponde al acreedor si así resulta de las características de la obligación, del objetivo que la misma debe concluir, del juego normal de las conductas que han de instrumentarse, de las exigencias a que responda la particular relación alternativa generada y del propósito final que anima al negocio que dio existencia a un vínculo jurídico de tan peculiar conformación.

9. Y todo ello sin dejar de advertir, por otra parte, que en esa misma dirección de facilitar al máximo la adscripción al acreedor de la facultad de elección conspira la circunstancia de que el juego del principio de *favor debitoris* que, como se ha visto, es el punto de referencia y el criterio orientador en esta materia, puede resultar hartamente dudoso y hasta problemático en el nuevo campo en que hoy se generan masivamente la mayor parte de los vínculos alternativos (grandes almacenes, compañías de seguros, restaurantes, agencias de viaje, transporte, etc.), porque en el mismo el deudor no suele ser el desfavorecido ni el acreedor el que ostenta «la fuerza del contrato», sino más bien sucede lo contrario. Aplicar mecánicamente en ese contexto un criterio nacido en condiciones muy diversas y reforzar todavía más la vigorosa posición del deudor mediante su juego puede suscitar legítimas aprensiones y desnaturalizar en buena medida un mecanismo pensado para reglar situaciones de signo muy diferente. Es lo que advierte Rams Albesa cuando señala que «toda esta intensa y extensa contratación de obligaciones alternativas se hace por medio de contratos de adhesión, siendo el deudor por lo general la parte más poderosa económica y socialmente hablando, por lo que la aplicación del principio del *favor debitoris* desequilibraría aún más, si cabe, la desigualdad de las partes»⁴⁰.

Resulta obvio que en cuanto en la obligación alternativa, pese a la diversidad de prestaciones en su seno existente, sólo una de ellas debe ejecutarse, ni el deudor podrá pretender realizar el pago con parte de una y de otra de las prestaciones, ni el acreedor estará facultado para exigir semejante mistificación. Dejando aparte la soberanía de la voluntad de las partes, que en este punto supondría, probablemente, la pérdida de la condición de alternativo del vínculo, no cabe otra solución que la de que a la hora de su cumplimiento la relación obligatoria alternativa tiene que materializarse en una sola de las prestaciones debidas. Aunque con referencia sólo al deudor nuestro Código así lo contempla en el párrafo segundo de su artículo 1.131 al disponer que «el acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra».

⁴⁰ RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, op. cit., pp. 265-266.

10. No es éste el lugar para plantearse la incidencia que en el vínculo obligatorio tiene la imposibilidad de la prestación, ora originaria, ora sobrevenida; ya lo hemos hecho en otro lugar, y a él nos remitimos⁴¹. Pero ello no obsta a que quepa plantearse alguna reflexión al respecto cuando la obligación en cuestión sea de sustancia disyuntiva.

Si en una obligación con dos prestaciones que las partes querrían contemplar como alternativamente debidas resulta que una de ellas es *ab origine* imposible, es del todo natural que, pese a la determinación de los interesados y pese a la nominación que intenten dar al vínculo obligatorio, no estaremos en presencia de uno de naturaleza alternativa, ya que la prestación imposible quedará automáticamente fuera de la relación obligatoria y ésta se conformará como unitaria o simple. De la misma forma ocurrirán las cosas, en cuanto a su resultado final, si habiendo nacido la obligación como alternativa, con posterioridad una de las dos prestaciones deviene imposible por causa no imputable a ninguna de las dos partes; también aquí la obligación resultará de prestación única.

Ello es algo que corresponde al juego normal de los factores que operan en la correcta configuración y subsistencia de las relaciones obligatorias, en el sentido de que sin prestación posible no llegan a nacer (en nuestro caso como alternativas) y con imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable se extinguen irremediabilmente. Que, por tanto, en cuanto corresponde a la normativa básica e inexcusable de toda obligación, quizá no hiciera falta recordarlo en tema de alternativas, o, a lo sumo, compendiarlo en un precepto que recuerde con propiedad y rigor lo que debe ocurrir en esta área cuando se den aquellos acontecimientos. Es lo que hace el artículo 1.288 del *Codice civile* al disponer que «la obligación alternativa se considera simple, si una de las dos prestaciones no podía constituir objeto de la obligación o si ha llegado a ser imposible por causa no imputable a alguna de las partes».

11. En nuestro Código civil, por el contrario, las cosas no ocurren de esa manera. Con ocasión de ocuparse normativamente de diversos aspectos concernientes al ejercicio del derecho de elección por parte del deudor (y ésta es la razón de que nos ocupemos de semejante materia en este lugar), el Código civil dedica dos preceptos a contemplar de manera confusa, reiterativa y hasta parcialmente contradictoria una situación que, a tenor de lo apuntado, no tiene por qué plantear complicación alguna. En el párrafo segundo del artículo 1.132 se dice que «el deudor no tendrá de-

⁴¹ CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, pp. 23 y ss.

recho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación»; y a tenor del artículo 1.134, «el deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable». ¿Cuál es la lectura correcta que debe hacerse de los transcritos preceptos?

Cuando el artículo 1.132 estatuye que «el deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles» comete una doble inexactitud, primero, porque no sólo no es el deudor el que supuestamente no podría elegir, sino que análoga prohibición debería operar en relación al acreedor⁴², y segundo, porque no tiene sentido alguno hablar de facultad electiva a favor de uno u otro sujeto cuando la imposibilidad de una de las prestaciones ha determinado la conformación de la supuesta obligación alternativa como obligación simple.

Pero es que, además, el precepto, frente a lo que pretende Hernández-Gil⁴³, no cabe limitarlo al supuesto de imposibilidad originaria, pues al referirse la segunda parte del mismo a aquellas prestaciones «que no hubieran podido ser objeto de la obligación», parece claro que es aquí donde se contempla aquella variedad de imposibilidad, y, por consiguiente, en la primera parte hay que sobreentender la imposibilidad sobrevenida, ya que, en otro caso, la norma estaría diciendo dos veces lo mismo: que el deudor no pueda elegir una prestación cuando la misma fuera *ab initio* imposible o ilícita y que tampoco puede hacerlo cuando no pueda constituir objeto de la obligación, aunque, con toda evidencia, esto sea lo mismo, ya que la inadecuación para configurar la referencia objetiva de la relación obligatoria vendrá dada, precisamente, por resultar imposible o ilícita. Como se ve, todo un prodigio de rigor dogmático, de precisión y de coherencia.

Pero es que la situación se torna todavía más caótica a la vista del artículo 1.134, porque aquí es evidente que se contempla la imposibilidad sobrevenida de una de las dos prestaciones debidas alternativamente, y resulta que, como se acaba de ver, este mismo supuesto está también incluido en el precedente artículo 1.132, aunque ahora se contemple bajo el dudoso enfoque de la pérdida del derecho de elección por parte del deudor.

12. Semejante imprecisión normativa obliga a intentar la racionalización del conjunto y a reconducir las expresiones legales a la esfera de la visión armónica de las cosas. Aunque reiterativos, confusos y hasta contradictorios la interpretación de ambos preceptos debe conducir a una valoración jurídica similar a la que establece el artículo 1.288 del *Codice civile*,

⁴² DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 504.

⁴³ HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, p. 152.

en el doble supuesto de imposibilidad originaria y de imposibilidad sobrevinida de una de las dos prestaciones disyuntivamente adeudadas.

En el primer caso, la nuda realidad es que la obligación que se quería como alternativa nace como simple, algo que resulta de la impostergable necesidad de que toda prestación debe ser posible y lícita, y que no amerita de específica mención normativa. Díez-Picazo contempla este supuesto como límite al derecho de elección del acreedor o del deudor⁴⁴, cuando lo cierto es que ésa no resulta la consideración correcta, porque la visión adecuada de las cosas no es que las partes vean perdido o limitado su derecho de elección, sino que éste no se tuvo nunca en razón de la imposibilidad originaria de una de las prestaciones disyuntivamente queridas.

Si la obligación es simple no tiene sentido hablar de *ius electionis* y, por ende, en ningún caso tendrá lugar la pérdida o limitación del mismo, por la sencilla razón de que no se ha ostentado en momento alguno. Cuando se estaba redactando el Código civil francés, al artículo 1.192 se le hacía decir que «la obligación contraída de una manera alternativa, se convertirá en pura y simple...», a lo que el Tribunalado hizo notar que ello supondría la admisión de que hubo algún momento en el que la obligación no tenía semejante configuración, cuando en el supuesto contemplado la obligación siempre tuvo dicha condición de pura y simple, y jamás había dejado de serlo. El definitivo artículo 1.192 del *Code* rectificó, por tanto, la defectuosa fórmula disponiendo que «la obligación es pura y simple aunque contraída de manera alternativa, si una de las dos cosas prometidas no pudiera ser el objeto de la obligación»; expresión mucho más correcta, aunque resulte innecesaria e impropia la nota de pura, pues nada tiene que ver en este lugar, por activa o por pasiva, cualquier referencia al elemento condicional.

Tienen razón, pues, Mucius Scaveola y Hernández-Gil cuando nacen notar, respectivamente, que no es que el deudor pierda o no tenga el derecho, sino que la obligación no es alternativa, y en este supuesto huelga hablar de la facultad de elegir entre dos⁴⁵, y que no es exacto que el deudor carezca de derecho a elegir las prestaciones no idóneas, pues lo que realmente ocurre es que éstas, de igual modo que no pueden integrar en general el objeto de las obligaciones, tampoco pueden integrar el de las obligaciones alternativas⁴⁶. Y, en cambio, carece de justificación el señalamiento de Díez-Picazo en el sentido de que «al quedar limitado el derecho de elección se admite la validez de la obligación respecto de las

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 504.

⁴⁵ MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX, *op. cit.*, p. 822.

⁴⁶ HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, p. 152.

prestaciones restantes»⁴⁷, pues no es cierto que se limite el *ius electionis* y que ello excluya la nulidad de la obligación respecto al resto, sino que la imposibilidad originaria de una de las dos prestaciones queridas disyuntivamente conforma desde el principio a la obligación como de prestación única, y esta circunstancia torna inadecuada y errónea cualquier referencia al derecho de elección. La exclusión de éste no salva a la obligación alternativa de la nulidad, sino que lo que sucede es que el mismo no puede existir desde el momento no que estamos en presencia de una obligación con un solo objeto debido.

En el segundo caso, el de la imposibilidad sobrevenida, la obligación nació realmente como alternativa, y luego la irrealizabilidad de una de las prestaciones incide sobre el vínculo obligatorio y determina su conformación como obligación simple. No estamos ante un supuesto de conversión legal ni de novación, sino ante la simple circunstancia de la concentración de una originaria obligación con dos prestaciones en el ámbito objetivo de una única prestación. La relación obligatoria ha visto achicarse, por la imposibilidad sobrevenida de una de sus prestaciones, su punto de referencia objetivo, y ello determina su nueva consideración como obligación simple en torno a la prestación que sobrevive, pues, como dice Mucius Scaveola, «aquí no se trata ya de las cosas que no pudieron ser nunca constitutivas de la obligación, sino de las que, lícitas y posibles, dejaron después por alguna razón de ser realizables»⁴⁸.

Siendo ello así, en este punto sí que es obvio que se produzca la pérdida de un *ius electionis* que llegó a tener existencia en cuanto la obligación fue plasmada en su fuente como alternativa, pero sin que ello suponga, como pretende el artículo 1.134, que semejante pérdida sólo se da en relación al deudor: lo perderá el deudor cuando a él corresponda la elección, y lo perderá el acreedor cuando al mismo esté atribuida semejante facultad.

¿Se producirá la concentración aludida con indiferencia de que la imposibilidad de una de las prestaciones sobrevenga por hechos atribuibles o inatruibibles a uno de las partes? Hernández-Gil piensa que sí, pues, en su opinión, los términos amplios del artículo permiten afirmar que se comprenden aquí tanto la imposibilidad imputable cuanto la no imputable al deudor, ya que basta que sólo sea realizable una de las prestaciones, sin inquerir la causa por la cual se hayan hecho irrealizables las demás, para que se imponga la concentración sobre la única prestación que subsiste como posible⁴⁹. El tratamiento que la normativa civil da a la ma-

⁴⁷ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 504.

⁴⁸ MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX, *op. cit.*, p. 823.

⁴⁹ HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, p. 152.

teria de los riesgos en las obligaciones alternativas permite negar firmemente semejante afirmación, ya que la concentración sólo se produce en el caso de que, como dispone el artículo 1.288 del *Codice civile*, una de las prestaciones haya llegado a ser imposible «por causa imputable a alguna de las partes».

TRASCENDENCIA DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES ¹

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. LAS NUEVAS COORDINADAS DEL DERECHO DE OBLIGACIONES: EL TRÁFICO PATRIMONIAL EN MASA Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. A. Las nuevas circunstancias socioeconómicas: el tráfico patrimonial en masa. B. La protección de los consumidores. a) Sobre la situación de inferioridad de los consumidores. b) Sobre la necesidad, características e inconvenientes de una política jurídico-privada de protección a los consumidores. C. Plan de la exposición.—3. LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO.—4. JUSTICIA CONTRACTUAL, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. A. Planteamiento. B. Autonomía de la voluntad y justicia contractual. C. Conmutatividad, equilibrio de las prestaciones y justicia contractual sustantiva.—5. INCIDENCIA DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN ASPECTOS CONCRETOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO. A. Planteamiento. B. Fase precontractual: la formación del contrato. C. Contenido y cumplimiento del contrato.

¹ Versión original, y más extensa, de la ponencia redactada para su exposición en el «Congreso Internacional sobre la reforma del Derecho Contractual y la protección de los Consumidores», celebrado en Zaragoza los días 15 a 18 de noviembre de 1993. La limitación de espacio impuesta por la organización a los ponentes motivó una segunda versión, descargada de aparato crítico, que fue la que vio la luz en el volumen de ponencias que se entregó a los congresistas.

1. PLANTEAMIENTO

1. Como es sabido, el Derecho de obligaciones no es inmune frente a los cambios de diverso tipo que experimenta la sociedad cuyas relaciones patrimoniales (en sentido amplio) está llamado a regir. Antes bien, la consistencia y configuración del Derecho de obligaciones en un momento y lugar determinados, dependen estrechamente de su substrato socio-económico e ideológico. El mito de la permanencia e inmutabilidad histórica de las reglas establecidas por los jurisconsultos romanos —afirmación usual en tiempos de las primeras codificaciones, ligada directamente a sus fundamentos ideológicos y iusfilosóficos—², al igual que el de su neutralidad ideológica, hace ya tiempo que ha caído. En palabras de Mazeaud-Chabas, «el Derecho de obligaciones, como todas las instituciones, varía bajo la influencia de las ideas morales, de las condiciones sociales y del medio económico. Ninguna gran codificación, ni la de Justiniano, ni la de Bonaparte, han podido detener la evolución del Derecho. La afirmación según la cual el *Derecho romano* ha establecido, de una vez por todas, los principios del Derecho de obligaciones, no es del todo falsa; pero no es válida —con serias reservas, además— más que para las *reglas técnicas que se refieren al mecanismo jurídico de la obligación*: si bien el razonamiento lógico abstracto sobre el que reposa esta construcción se ha conservado en parte, *el espíritu del Derecho de obligaciones ha cambiado completamente tanto en el transcurso de la evolución del Derecho romano, como durante la Edad Media por influencia de los canonistas, como, en fin, tras el Código civil*, por el legislador, a quien empujan las necesidades sociales y económicas, y por los Tribunales, comprometidos en hacer penetrar más profundamente la moral en esta parte del Derecho» (las cursivas son de los autores)³. Desde esta perspectiva, la sola consideración de las profundas alteraciones experimentadas desde la etapa codificadora, tanto por la realidad económico-social como por los planteamientos ideológicos socialmente dominantes,

² Así, BIGOT DE PREAMENEU, en la Presentación al Cuerpo Legislativo del Título de los Contratos, o de las Obligaciones convencionales en general, decía: «pero es tal el orden admirable de la Providencia, que no es preciso, para regular todas estas relaciones (contractuales y obligacionales), sino conformarse con los principios que se encuentran en la razón y el corazón de todos los hombres. Es aquí, en la equidad y en la conciencia, donde los romanos han encontrado este cuerpo de doctrina que hará inmortal su legislación... Sería difícil esperar que se puedan hacer progresos en esta parte de la ciencia legislativa.»: *cit.* por MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, t. II-1.º (8.ª ed., Paris, Montchrestien, 1991), pp. 17 y s.

³ MAZEAUD-CHABAS, *op. cit.*, p. 23; consideraciones paralelas entre nosotros, por ejemplo, en LACRUZ BERDEJO, LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. II-1.º (Barcelona, Librería Bosch, 1985), p. 15; o DÍEZ-PICAZO, *El Derecho de obligaciones en la codificación civil española*, en «Centenario del Código civil», t. I (Madrid, Centro de Estudios «Ramón Areces», 1990), pp. 713 y s.

permitiría concluir, sin más, que el Derecho de obligaciones codificado —*i.e.*, liberal-individualista— (que merece el calificativo de «tradicional», en cuanto que es el recibido de quienes nos precedieron, transmitido por ellos)⁴ por un lado no es apto técnicamente para hacer frente a las nuevas realidades del tráfico jurídico, y por otro responde a unos postulados ideológicos que son en buena parte responsables de su ineptia funcional⁵. Sobre todo lo cual vale la pena detenerse brevemente.

2. LAS NUEVAS COORDENADAS DEL DERECHO DE OBLIGACIONES: EL TRÁFICO PATRIMONIAL EN MASA Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

A. Las nuevas circunstancias socioeconómicas: el tráfico patrimonial en masa

2. En palabras de Díez-Picazo⁶ «toda la teoría general de las obligaciones vigente hasta ahora estaba pensada sobre los esquemas de una economía agraria y de una economía de pequeños comerciantes. Las obligaciones son siempre obligaciones de dar cosas específicas y obligaciones pecuniarias; por excepción, existen las llamadas obligaciones genéricas, pero con referencia a géneros muy poco diferenciados»⁷. A su vez, sobre este panorama socio-económico incide decisivamente el planteamiento ideológico del liberalismo individualista, lo que produce la que cabría

⁴ Con mayor perspectiva histórica, se ha dudado de que el calificativo de «tradicional» sea el más adecuado para calificar el Derecho nacido al calor de los planteamientos liberales: cfr. DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, ADC, 1982, p. 1068, para quien el Derecho del consumidor «ha sido un movimiento renovador del Derecho, o mejor dicho de un retorno al atender la naturaleza propia, tradicional, del contrato, desconocida por la concepción liberal prevalente hasta ahora». Consideraciones paralelas, para el Derecho anglosajón (no codificado, pero también con fuerte inspiración liberal a partir de fechas muy similares), en ATIYAH, *An introduction to the Law of Contract* (3.^a ed., Oxford, Clarendon, 1981), p. 13.

⁵ Aunque, como veremos más adelante, los planteamientos neoliberales que ya denunciara DE CASTRO (cfr. su, como siempre, magistral, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas... cit.*, pp. 988 y ss.) intenten —en parte con razón— reivindicar ese fundamento ideológico por la vía, fundamentalmente, del análisis económico del Derecho (pero *vid.* las interesantes observaciones de COOTER acerca de la neutralidad del mencionado análisis económico del Derecho: *Le migliori leggi giuste: I valori fondamentali nella analisi economica del Diritto*, «Cuadrimestre», 1991, pp. 534 y s.).

⁶ *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II (Madrid, Civitas, 1993), p. 56.

⁷ Para el Código de comercio, *vid.* también las consideraciones de FONT GALÁN, en *La protección de los consumidores en el Derecho Privado: del viejo Derecho de los comerciantes al nuevo Derecho de los consumidores*, «Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor» (Madrid, 1990), pp. 19 y s.

denominar concepción «clásica» (liberal) del contrato, que aparece como la fuente de obligaciones por excelencia. En palabras ahora de Lacruz, «se trata de una visión del contrato fundada en, a") la igualdad de las partes, situadas ambas en un mismo rango, con iguales posibilidades de exigir y prestar; y b") la libertad plena de ambas, que concurren espontáneamente a pactar lo más acorde con sus intereses»⁸. La combinación de estos factores con el principio (elevado a la categoría de «dogma jurídico» en esta época) de autonomía de la voluntad, se traduce en el postulado de respeto absoluto y casi incondicionado de la voluntad contractual, que no puede verse modificada legal ni judicialmente por consideraciones de justicia material (el ejemplo más típico es la desconfianza hacia la rescisión por lesión en numerosos códigos decimonónicos: típicamente, el C.c. español): si las partes son iguales y libres (es decir, ninguna tiene una posición superior a la otra que permita imponerle sus criterios o intereses), lo acordado por ellas —fruto de la negociación previa en la que se han ido equilibrando los respectivos intereses— debe ser cumplido en sus propios términos. Por decirlo brevemente, la que cabría denominar justicia contractual objetiva (cuya manifestación más clara es el principio de equivalencia objetiva de las prestaciones pactadas) es sustituida por la justicia contractual subjetiva (las prestaciones se consideran equivalentes porque las partes las han estimado como tales, con independencia de la proporcionalidad que pueda existir objetivamente entre ellas); de cuyas consideraciones procede, a su vez, la conocida expresión de Fouillé, «qui dit contractuel dit juste». Sobre lo cual, volveremos de nuevo *infra*.

El principio es, pues, la autorregulación y la autotutela⁹: si todos los ciudadanos son libres e iguales, y cada uno es el mejor defensor de los propios intereses y aspiraciones, el equilibrio de prestaciones y contraprestaciones a que se llega trabajosamente mediante la negociación contractual —por hipótesis, equilibrada— es la más fuerte garantía de protección de los intereses individuales. Lo cual presupone, naturalmente, un concepto determinado tanto del contrato como de su *iter* formativo, estrechamente unido a los condicionantes socioeconómicos e ideológicos de que vengo hablando. En expresión de Ghestin, referida al *Code* francés, «los redactores del Código civil han legislado tomando

⁸ LACRUZ, *Elementos...* t. II-2.º (Barcelona, Librería Bosch, 1987), p. 19. Como el mismo autor advierte, la evolución en los países anglosajones fue paralela, en estos aspectos: cfr. ATIYAH, *op. cit.*, pp. 4 y ss.; con mayor detalle en *Contract, promises and the Law of Obligations*, «Essays on Contract» (Oxford, Clarendon, 1986), pp. 10 y ss.; *vid.*, también, COOKE y OUGHTON, *The Common Law of Obligations* (2.ª ed., London-Dublin-Edinburgh, 1993), pp. 17 y ss.

⁹ Cfr. CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, RJC 1992-1, p. 96.

en consideración las relaciones contractuales existentes en los comienzos del siglo XIX. La industria y el comercio se practicaban entonces de manera artesanal o familiar. Las relaciones entre empleados o asalariados, o entre productores y consumidores, tenían carácter personal. Ya se tratase de la compra de un caballo en el mercado, o de un inmueble en la notaría, el contrato se concluía tras una discusión relativa a sus elementos esenciales»¹⁰. Similarmente, habla Díez-Picazo como paradigma de contrato, del «que se puede denominar «contrato por negociación» (que) es el resultado de una serie de tratos preliminares, conversaciones, discusiones y forcejeos que plasman definitivamente en declaraciones concordes. Este modelo ideal de contrato se aviene con personas que sólo contratan esporádicamente o con empresarios con un modo de producción artesanal que sólo operan sobre pedidos; o cuando se trata de prestaciones sumamente diferenciadas y particularizadas»¹¹.

En esta perspectiva, el último elemento que completa el panorama obligacional clásico, es el relativo a su fundamento económico (si se quiere, macroeconómico): me refiero al sistema (puro) de economía de mercado, y al principio de la libre competencia. En la teoría liberal a la que (nuevamente) responde este planteamiento, el ganador era el que hoy llamaríamos consumidor¹². En efecto, la libre competencia entre las empresas debería desembocar en la multiplicación de los bienes ofrecidos en el mercado, el aumento en su calidad y la disminución en su precio; de esta manera, el consumidor podría elegir entre más bienes, de mejor calidad y a menor precio. De ahí que no se considerara necesario proteger al consumidor más allá de en ciertos casos muy determinados, y mediante ciertas reglas también muy concretas, destinadas a reprimir algunas prácticas abusivas, conocidas desde antiguo¹³.

3. Nada de lo anterior, sin embargo, es ya como era (o como se creía que era): ni la realidad socioeconómica, ni su percepción ideológica, ni las consecuencias jurídicas que derivan de todo ello.

¹⁰ GHESTIN, *Traité de Droit civil. Les Obligations. Le contrat: formation* (2.^a ed., Paris, LGDJ, 1988), p. 37.

¹¹ Díez-PICAZO, *Fundamentos... cit.*, t. I (Madrid, Civitas, 1993), p. 130.

¹² En adelante, mientras no advierta otra cosa, voy a emplear el término consumidor en su acepción más amplia, de destinatario final de un bien para su empleo con fines personales, familiares o profesionales (es decir, en función de su uso, y no de su cambio, o transformación para el cambio). Entran aquí, por tanto, el consumo personal y familiar y el llamado consumo empresarial.

¹³ Cfr. CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation* (3.^a ed., Paris, Dalloz, 1992), p. 1; similarmente, BOURGOIGNIE, DELVAX, DOMONT-NAERT y PANIER, *L'aide juridique au consommateur* (Bruxelles-Louvain la Neuve, 1981), pp. 3 y ss.; BOURGOIGNIE, *Eléments pour une théorie du Droit de la Consommation* (Bruxelles-Louvain la Neuve, Story-Scientia, 1988), pp. 34 y ss.

Desde el punto de vista socioeconómico, la alteración más importante (de la que las demás son consecuencia) es la aparición y progresiva consolidación de la llamada «sociedad de consumo», a partir de la Revolución Industrial, y de la introducción de los sistemas de producción en masa, principalmente, a los efectos que aquí interesan, de los bienes de consumo. De ahí deriva la comercialización y distribución en masa de dichos bienes, y el consumo (también masivo) de los mismos por la generalidad de los componentes de esa sociedad de consumo; por tanto, masas de bienes producidos, consumidos por masas de personas¹⁴. A la vez, «se produce una entrada en el tráfico económico de nuevas masas de servicios técnicos que determinan lo que se viene llamando el paso del sector industrial al sector terciario de servicios» (Díez-Picazo)¹⁵. Las consecuencias de todo ello, a diversos niveles, no son nada desdeñables.

En primer lugar, adoptando una perspectiva estructural, resulta que «en la economía moderna se ha producido una inversión de la relación existente entre la producción y el mercado. La gran empresa capitalista, de proporciones mastodónticas, con necesidades de programación a largo plazo, no permite que la producción se adapte al mercado, sino que deba ser al revés. En la famosa sociedad de consumo es el mercado quien tiene que adaptarse a las exigencias de la producción a través de la captación de los consumidores» (Díez-Picazo)¹⁶. Como dice Bourgoignie, «producción, distribución, cambio y consumo aparecen como los elementos de un todo orgánico cuyas estructuras y funcionamiento son determinadas por la producción, polo dominante del ciclo»¹⁷. Dicho con otras palabras, la producción en masa obliga a dar salida en el mercado a los bienes así producidos, cuya adquisición es impuesta al consumidor a través de técnicas muy diversas (¡y eficaces!). Es habitual citar entre ellas la publicidad y los diversos métodos de *marketing*¹⁸, la «diversificación «artificial» de los productos, la reducción deliberada de su vida útil»¹⁹ o, por fin,

¹⁴ Resaltan la importancia de este aspecto, entre otros, TORRES LANA, *Derecho civil y protección de los consumidores*, «Directiva» I (1990), p. 6; FONT GALÁN, *La protección de los consumidores... cit.*, p. 17; o DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos... II, cit.*, pp. 56 y s. Fuera de nuestras fronteras, por ejemplo, CRANSTON, *Consumers and the Law* (2.ª ed., London, Weidenfeld and Nicolson, 1984), pp. I y ss.; y L'HEUREUX, *Droit de la consommation* (3.ª ed., Montreal, Wilson & Lafleur Itée, 1986), pp. I y s. Por lo demás, el fenómeno de la masificación y sus repercusiones sobre el Derecho privado es de alcance más amplio: cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El Derecho civil a finales del siglo XX* (Madrid, Tecnos, 1991), pp. 145 y ss.

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, *op. últ. cit.*, p. 56.

¹⁶ DÍEZ-PICAZO, *op. últ. cit.*, p. 57.

¹⁷ BOURGOIGNIE, *Elements... cit.*, p. 36. Parecidamente, L'HEUREUX, *op. cit.*, p. 2.

¹⁸ Cfr. TORRES LANA, *op. cit.*, p. 6; FONT GALÁN, *op. cit.*, p. 17.

¹⁹ GONDRA, *Derecho Mercantil*, t. I (Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1992), p. 98.

la difusión y generalización de nuevos mecanismos de financiación²⁰: al consumidor se le «convence» de la necesidad o conveniencia de adquirir un nuevo bien o servicio, y después se le facilitan los medios económicos para hacerlo (naturalmente, los problemas vienen más tarde, cuando hay que pagarlo...).

Las nuevas técnicas y métodos de producción, comercialización y distribución, provocan, a su vez, un mayor distanciamiento entre el productor y el consumidor, separados económicamente por una cadena relativamente larga de intermediarios²¹, y físicamente por la lejanía entre el centro de producción y el lugar de consumo; lejanía que repercute muchas veces, por otro lado, en un creciente desconocimiento de las características reales de los productos puestos en el mercado por parte del distribuidor o comerciante más cercano al consumidor final, que es con quien éste se relaciona directamente²². Por último, en este aspecto, debe ser destacada también la creciente complejidad y sofisticación de los productos, y la rapidez con que se producen cambios e innovaciones (¿reales? ¿puramente cosméticos?) en los mismos²³. Todo lo cual repercute, como veremos inmediatamente, en una más que notable opacidad del mercado frente al consumidor, que carece de fuentes de información fiables y de conocimientos propios suficientes para tomar decisiones razonables.

Queda por resaltar, en este apretado resumen, lo relativo a los mayores riesgos personales y patrimoniales que supone la producción y distribución en masa: la posibilidad de que se produzcan daños como consecuencia de la adquisición o empleo de bienes defectuosos es cualitativa y cuantitativamente muy superior en este nuevo panorama socioeconómico. Eso quiere decir tanto que los daños pueden afectar a un número muy importante de personas (intoxicaciones masivas, defectos de diseño que afectan a todos los productos fabricados conforme al mismo, etc.), como que la intensidad de esos daños puede alcanzar niveles hasta hace poco tiempo desconocidos (los ejemplos de la talidomida o de la intoxicación masiva por consumo de aceite de colza desnaturalizado son tristemente célebres). De estos daños, los más importantes, que han actuado como motor de la adopción de sistemas específicos de protección, son los personales —relativos a la salud y

²⁰ Cfr. L'HEUREUX, *op. cit.*, pp. 1 y s.

²¹ Cfr. TORRES LANA, *op. cit.*, p. 6; L'HEUREUX, *op. cit.*, p. 2.

²² En otros casos, sin embargo, se produce una integración del comerciante o distribuidor en la red comercial del fabricante, de manera que la información de que dispone es precisamente la que facilita el propio fabricante: cfr. GONDRA, *op. cit.*, p. 97.

²³ Cfr. GONDRA, *op. cit.*, p. 98; CRANSTON, *Consumers and the Law*, cit., pp. 1 y ss.

seguridad de las personas—²⁴, pero no puede desdeñarse la importancia de los puramente patrimoniales.

4. Todas estas nuevas realidades, consideradas en sí mismas (por tanto, sin incluir de momento elemento valorativo alguno fundamentado en la peculiar posición de cualquiera de los sujetos implicados) supone una alteración radical de los presupuestos socioeconómicos del Derecho de obligaciones tradicional, y determina la falta de aptitud del mismo para hacerles frente. Lo cual quiere decir, en un primer sentido, de carácter si se quiere más técnico —o menos valorativo—, que los instrumentos jurídicos tradicionales no son aptos para servir de cauce al nuevo tráfico patrimonial en masa. La realidad misma se ha encargado, por tanto, de forjar nuevos mecanismos que lo permitieran.

De entre ellos destacan por su importancia los que permiten la contratación en masa (que no es sino la traducción jurídica de la producción, distribución y consumo masivos): me refiero a la contratación estandarizada y, básicamente, a las condiciones generales de los contratos²⁵. El empleo de estos mecanismos aparece como una exigencia de racionalización de la actividad empresarial, que presenta, en síntesis de Alfaro Águila-Real, los siguientes efectos ventajosos (las cursivas son del autor): «las condiciones generales provocan una *reducción de los costes de celebración y regulación de los contratos (...)*; favorecen la *división de tareas* entre los miembros de la organización empresarial (...); facilitan la *coordinación* entre éstos (...) y hacen posible el *cálculo anticipado del coste de producción de los bienes y servicios* que ofrece la empresa»²⁶. El contrato mediante negociación previa que determina el equilibrio contractual de intereses, aunque pervive en determinados ámbitos²⁷, ha perdido buena parte de su importancia, y desde luego, no puede ser considerado ya como el paradigma del contrato. Pero entonces el papel de la voluntad de los intervinientes en un contrato celebrado conforme a condiciones generales ha variado sustancialmente, lo que provoca (en los términos a que me referiré, siempre brevemente, más adelante) un replanteamiento del papel de la autonomía de la voluntad en esta

²⁴ Cfr. PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor* (Barcelona, J. M. Bosch Editor, S.A., 1990, p. 27)

²⁵ Pero se podrían mencionar también, como hace DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, *cit.*, p. 56) los llamados contratos con máquinas automáticas y la facturación con ordenadores. Pero también los nuevos mecanismos de contratación a través de medios informáticos, a los que me referiré brevemente *infra*.

²⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación* (Madrid, Civitas, 1991), p. 28; en las páginas siguientes desarrolla cada uno de esos aspectos con mayor detalle. *Vid.* también LÓPEZ SÁNCHEZ, *Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor*, EC 16, pp. 58 y s.

²⁷ Cfr. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...* I, *cit.*, p. 130; GHESTIN, *Traité de Droit Civil, cit.*, p. 37.

fuerza de las obligaciones. El cambio afecta, pues, no sólo a la introducción de una nueva modalidad de contratar, sino a la teoría general del contrato y a la de las obligaciones (y, más radicalmente, a la misma determinación del concepto y efectos de la autonomía de la voluntad).

En esta misma línea, escribe Torres Lana que «el clásico principio *res inter alios acta* se revela insuficiente en cuanto que dirige la fuerza obligatoria del contrato —con todos sus efectos— hacia quien es parte —el minorista que ya no controla el proceso productivo— y deja fuera por ser tercero al fabricante o productor»²⁸.

Sirvan estas dos consideraciones como botón de muestra de lo acertado de la conclusión obtenida por Díez-Picazo: «todos estos datos provocan ... una erosión en la teoría tradicional de las obligaciones y la necesidad de construir una nueva teoría general que suponga una ampliación de los anteriores esquemas fácticos y que, al mismo tiempo, permita dar un trato jurídico nuevo a través de unos principios generales y de unas directrices también nuevas a la problemática económico-social de aquellos hechos que no pueden ser resueltos con los antiguos moldes normativos».

B. La protección de los consumidores

a) SOBRE LA SITUACIÓN DE INFERIORIDAD DE LOS CONSUMIDORES

5. Deliberadamente he evitado hasta este momento hacer referencia —salvo breves y necesarias alusiones— a las consecuencias perjudiciales que este estado de cosas puede tener en relación con quienes aparecen como la parte más débil en esa cadena de producción-distribución-cambio (adquisición) y consumo a que he aludido más arriba. Me refiero más concretamente al consumidor final, para un uso personal o familiar (de quien hablaré a partir de ahora)²⁹. Con razón se ha dicho que el consumidor ha pasado de ser soberano a súbdito, en la actual configuración del mercado³⁰, y se ha hablado del «mito absurdo» de la igualdad entre los contratantes³¹.

²⁸ TORRES LANA, *Derecho civil y protección de los consumidores*, cit., p. 6.

²⁹ Eso no quiere decir que los profesionales o empresarios no puedan verse también perjudicados, en cuanto tales (es decir, cuando intervienen actuando en su condición de profesionales), por dichas nuevas realidades. No cabe duda que también dentro de la genérica y heterogénea categoría de los profesionales pueden producirse situaciones específicas de desigualdad: cfr. GHESTIN, *op. últ. cit.*, pp. 39 y ss.; GARCÍA CANTERO, *Integración del Derecho del consumo en el Derecho de Obligaciones*, RJN 13 (1992), p. 48; desde otra perspectiva, BOUGOIGNIE, *Elements... cit.*, pp. 52 y ss.

³⁰ Cfr. GONDRA, *Derecho Mercantil*, cit., pp. 98 y s.

³¹ Cfr. MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, cit., p. 29.

Esa situación de inferioridad viene determinada por las propias características de la configuración actual del mercado, tal y como ha quedado descrita más arriba, que implica, por un lado «una constante reducción de la esfera de decisión autónoma y racional del consumidor»³², y por otro, una más que notable reducción de la capacidad de reacción del mismo frente a los perjuicios sufridos.

Si tomamos, a efectos expositivos, la celebración de un contrato de adquisición de un producto como paradigma de la actuación típica del consumidor en el mercado, se podrá apreciar fácilmente cómo concurre esa situación de inferioridad en sus diferentes fases:

1) En la fase precontractual, la demanda viene inducida muy habitualmente por el empleo de técnicas publicitarias y de *marketing* cada vez más agresivas, sofisticadas y tecnificadas, a cuya eficacia difícilmente puede sustraerse el consumidor medio; técnicas éstas que influyen decisivamente en la misma estructura de las necesidades del consumidor³³, llegando a configurarlas. De esta manera, la voluntad del consumidor aparece afectada ya desde el mismo momento en el que toma la decisión de adquirir. Naturalmente, la publicidad cumple también una función informativa, que es la que la legitima originariamente; pero sobre esa función informativa ha acabado dominando la función suasoria³⁴, que se dirige más a determinar la voluntad del consumidor que a enriquecer su conocimiento. Del mismo modo, las técnicas de *marketing* pueden tener un cierto sentido en cuanto facilitan la adquisición de determinados productos a quienes de otra forma tendrían difícil acceso a ellos, pero presentan también más que notables aspectos de influencia sobre la voluntad del consumidor³⁵.

En esta misma fase la elección del consumidor se ve seriamente afectada por su falta de conocimientos técnicos y de experiencia en relación con unos productos cambiantes y crecientemente sofisticados³⁶, y por la inexistencia real de canales de información eficaces, debido bien a la integración del suministrador inmediato en la red comercial del fabricante, bien a la falta de conocimientos por parte de dicho suministrador, bien a la impersonalidad de las grandes organizaciones de distribución³⁷.

³² GONDRA, *op. et loc. cit.*

³³ Cfr. GONDRA, *op. et loc. cit.*

³⁴ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor*, cit., p. 58.

³⁵ Cfr. la exposición de conjunto que realiza BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección del consumidor*, tesis doctoral inédita, pp. 28 y ss.

³⁶ Cfr. GONDRA, *op. cit.*, pp. 97 y s.; similarmente, CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, cit., p. 6; L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, cit., pp. 2 y s.

³⁷ Cfr. GONDRA, *op. et loc. cit.*

2) Ya en fase de determinación del contenido del contrato, la unilateralización del mercado³⁸ se acentúa a través de la utilización de condiciones generales de la contratación predispuestas por la contraparte profesional (y justificada teóricamente, según hemos visto, por exigencias de racionalización). La intervención de la voluntad del consumidor se limita a su adhesión a la reglamentación contractual establecida por el empresario o profesional: es, entonces, un consentimiento formal; el acuerdo efectivo recae, habitualmente, sobre la prestación y el precio y, en su caso, sobre determinados aspectos de la entrega o el pago³⁹. Nuevamente, se produce una unilateralización del instrumento contractual⁴⁰, cuya relevancia no es puramente formal (reglamentación contractual unilateralmente predispuesta, prescindiendo de la intervención de la voluntad de uno de los contratantes a la hora de formularla pero no a la de incorporarla al contrato, de acuerdo con la doctrina mayoritaria⁴¹), sino que provoca habitualmente un acusado desequilibrio en el contenido de esa reglamentación, en favor del predisponente, que puede ser calificado justamente como abusivo⁴².

Factores de índole material (formato del documento y tamaño del texto impreso), técnico (difícil inteligibilidad del contenido de las condiciones al profano —y en ocasiones a quien no lo es!—), cultural (hábito de contratar sin leer el clausulado), psicológico («utilización de textos impresos, que parecen por ello intangibles; y sensación de igualdad de trato, fácilmente confundida con la justicia»: Ghestin)⁴³, unidos al convencimiento —basado en la experiencia— de la práctica imposibilidad de encontrar condiciones predispuestas más favorables al consumidor en la «competencia», y de la inutilidad de intentar la negociación, determinan la especial debilidad de la posición del consumidor frente a la utilización de este mecanismo.

3) En la etapa de cumplimiento del contrato (post-contratual, si se quiere), la situación del consumidor tampoco es mejor, como consecuencia, fundamentalmente, de lo expuesto hasta ahora. En efecto, la falta de información y de conocimientos sobre las verdaderas características de los productos ofrecidos le inducen con frecuencia a basar su elección en caracteres secundarios (quizás, los resaltados por la publicidad), lo que genera un notable desconocimiento acerca de las características técnicas y prestacio-

³⁸ Tomo la acertada expresión de LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*

³⁹ Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales... cit.*, p. 29.

⁴⁰ LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 58.

⁴¹ Y ni siquiera a tal efecto, en opinión de ALFARO: *Las condiciones generales... cit.*, pp. 52 y ss.

⁴² Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 59; GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.*, pp. 70 y s.

⁴³ GHESTIN, *op. cit.*, p. 70.

nes reales del bien adquirido. Ello dificulta el éxito de las reclamaciones en la misma medida en que supone una posición más sólida por parte del profesional (quien sí conoce lo que ha vendido); éxito que se ve comprometido también por la lejanía material entre el consumidor y el fabricante (responsable del eventual defecto), y la negativa del suministrador inmediato ser él quien haga frente a la reclamación. En este mismo sentido, las previsiones contractuales relativas a las reclamaciones, predisuestas por el profesional en las condiciones generales del contrato acordado, pueden convertir los derechos que teóricamente concede el Ordenamiento al consumidor en papel mojado: es lo que ocurre tanto con las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad, como con las de garantía (que en más de una ocasión parecen estar dirigidas a limitarla, por el plazo o requisitos, más que a concederla)⁴⁴. Todo lo cual se ve agravado por la dificultad que suele presentar al consumidor el conocimiento de los propios derechos (muchas veces mejor conocidos por el profesional, precisamente para precaverse de ellos)⁴⁵, y por la carencia de mecanismos rápidos y eficaces de acceso a la justicia⁴⁶. Por lo demás, los resultados de una tal reclamación, llevada conforme a los mecanismos clásicos (vicios ocultos, incumplimiento contractual, vicios del consentimiento) no siempre resulta satisfactoria, desde el punto de vista de las aspiraciones del consumidor⁴⁷.

En cuanto a los eventuales perjuicios personales o patrimoniales que pueda experimentar el consumidor como consecuencia del empleo correcto de un bien defectuoso, ni la responsabilidad contractual ni la extracontractual en su concepción más tradicional (culpabilística) resultan ser mecanismo aptos para dar solución adecuada al problema. Respecto a lo primero, cabe aducir, con Parra Lucán, tanto los problemas derivados de la brevedad de algunos plazos (acción de saneamiento por vicios ocultos), como los relativos a la prueba y al propio concepto de defecto, así como el limitado ámbito personal de la protección así ofrecida⁴⁸. Por lo que respecta a la responsabilidad extracontractual —que presenta la ventaja fundamental de prescindir de la eventual existencia de una relación previa entre dañante y dañado—⁴⁹, los obstáculos principales al éxito de la reclamación del consumidor deri-

⁴⁴ Sobre el tema en general, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las condiciones de la protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía*, EC 16, pp. 97 y ss.

⁴⁵ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁶ Sobre lo cual, *vid.* BONET NAVARRO, *Protección eficaz y acceso a la justicia de los consumidores*, EC 16, pp. 25 y, ss.

⁴⁷ *Id.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

⁴⁸ Cfr. PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, *cit.*, p. 240 (con mayor extensión, en pp. 188 y ss.).

⁴⁹ Cfr. PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 242.

van fundamentalmente de algunos aspectos de hecho ya conocidos: la falta de conocimientos técnicos suficientes por parte del consumidor, el desconocimiento por el mismo de sus propios derechos y posibilidades de actuación, el alejamiento material entre el consumidor y el causante del daño (fabricante, normalmente) y la ausencia de mecanismos rápidos y eficaces de acceso a la justicia. En efecto, a la hora de justificar su reclamación el consumidor topa, en primer lugar, con problemas de prueba; en palabras de Parra Lucán, de acuerdo con los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho «la víctima deberá probar para lograr la reparación que el demandado llevó a cabo una acción (u omisión) culpable que le causó un daño. Pues bien —continúa la citada autora—, la prueba de todos estos elementos en relación con los daños de productos resulta en la práctica imposible. El consumidor dañado por un artículo de consumo no puede, en primer lugar, identificar acciones u omisiones (y menos aún probar que eran culposas) del fabricante, distribuidor o vendedor en relación al proceso de producción y distribución porque éste es un mundo que le es totalmente desconocido. Mucho menos podrá, por tanto, demostrar que tales acciones u omisiones culpables fueron la causa del daño que experimentó»⁵⁰.

En resumen, puede decirse que la situación del consumidor no es tan idílica como pretendía ingenua, cuando no interesadamente el paleoliberalismo⁵¹. Paralelamente, el sistema jurídico tradicional, fundado sobre los principios de igualdad entre los ciudadanos, y de libertad de regulación de la propia esfera, no logra dar respuesta adecuada a estos problemas, precisamente porque la igualdad y libertad que contempla son puramente formales, pero aparecen desmentidas en la práctica, por la escasa intervención —meramente adhesiva— de la voluntad del consumidor en el establecimiento de la reglamentación contractual, y por el mayor poder de que goza su contraparte profesional, que se traduce no sólo en la desigualdad negocial (imposición de las condiciones generales por el profesional), sino en la contractual (desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en favor del profesional).

6. En las páginas anteriores creo haber justificado suficientemente la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor frente a los empresarios o profesionales (fabricantes, distribuidores, suministradores de bienes o servicios). Esta situación de inferioridad del consumidor viene determinada por la propia estructura (o configuración, si se prefiere un término algo más neutro, desde el punto de vista al que aludiré en seguida) de un

⁵⁰ PARRA LUCÁN, *op. cit.*, pp. 244 y s.

⁵¹ Tomo la expresión de LÓPEZ SÁNCHEZ, *Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor, cit.*, p. 57.

mercado dominado por la ley de la oferta —por tanto, unilateralizado—; y también por el carácter «amateur» de la participación del consumidor en el mismo mercado (con consecuencias importantes: falta de conocimientos y de experiencia, así como carencia del tiempo y dedicación necesarios para adquirirlos, y para desarrollar el papel que le es propio: el consumidor por definición es un «aficionado» en el mercado; no hay consumidores «profesionales»), frente al carácter «profesional» que incumbe a la participación en el mercado del comerciante o empresario (con las correspondientes consecuencias respecto a la información, los conocimientos, la experiencia y la dedicación de quienes sí son «profesionales del mercado») ⁵².

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que se trata de una situación de inferioridad típica o estructural ⁵³, agudizada por el

⁵² Aquí radica, en mi opinión, el acierto fundamental de la terminología empleada habitualmente por la doctrina francesa que, como es sabido, contrapone al consumidor el profesional: cfr., por todos, PIZZIO, voz «Consummation (Droit de la)» (1987), en *Encyclopedie Dalloz (commercial)*, núms. 409 y ss.; GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.*, p. 38; MALAURIE-AYNES, *Droit civil. Les obligations* (2.^a ed., Paris, Cujas, 1990), p. 184; CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation, cit.*, pp. 5 y s.

⁵³ La subalternidad estructural del consumidor frente al profesional ha sido defendida, entre otros, por REICH, *Mercado y Derecho* (trad. de A. FONT, Barcelona, Ariel, 1985), pp. 158 y ss. [hay, del mismo autor, una «Introducción» a la edición española del libro, RDM 178 (1985), especialmente pp. 751 y ss.] —sobre la discusión en Alemania, que ha tenido una carga ideológica muy fuerte, y probablemente decisiva en la configuración de la opinión mayoritaria, y se ha centrado en la necesidad o conveniencia de configurar las normas de protección a los consumidores como un «Sonderprivatrecht», vid. LIEB, *Grundfragen einer Schuldrechtsreform*, AcP 183 (1983), especialmente pp. 349 y ss.; JOERGES, *Der Schutz des Verbrauchers und die Einheit des Zivilrechts*, AG 3/1983, pp. 57 y ss.; y PFLUG, *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (München, Beck, 1986), pp. 19 y ss.—. Este planteamiento ha sido recibido en España (a lo que entiendo, sin esas connotaciones ideológicas ni finalidades que lo caracterizaron en Alemania), entre otros, por FONT GALÁN, *La protección de los consumidores en el Derecho Privado, cit.*, pp. 15 y ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 57 y ss.; o MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios* (R. BERCOVITZ-J. SALAS, coord., Madrid, Civitas, 1992), sub. art. 7, pp. 123 y ss.

Por sus connotaciones ideológicas, la radicalidad de sus planteamientos y las finalidades de reforma global del sistema dentro de un modelo de Derecho social, la afirmación fue inmediatamente contestada en Alemania: cfr., por ejemplo, LIEB, *op. cit.*, pp. 361 y ss. (en la p. 363 afirma que el consumidor no se encuentra, como tal en una situación de inferioridad, sino que las desigualdades se dan en los casos concretos, como consecuencia de la posición contractual del consumidor o de las especialidades del contrato de que se trate); ZÖLNER, *Die politische Rolle des Privatrechts*, JuS 1988-5, especialmente pp. 332 y ss. Entre nosotros, reciben este planteamiento GONDRÁ, *Derecho Mercantil, cit.*, pp. 108 y ss.; y, más radicalmente, ALFARO ÁGUILA-REAL, en ADC 1993, pp. 300 y ss.

Con todo, creo cierta, y suficientemente justificada, la afirmación realizada en el texto, que carece (al menos en mi planteamiento) de la carga político-ideológica que lo caracterizó en Alemania. Autores nada sospechosos la comparten, en sus líneas más generales. Así, DE CASTRO se refiere al carácter de parte presumiblemente más débil que incumbe al consumidor (*Notas sobre las limitaciones intrínsecas... cit.*,

empleo de los mecanismos e instrumentos jurídicos característicos del tráfico en masa, frente a cuyos riesgos el consumidor no puede protegerse adecuadamente, precisamente como consecuencia de esa situación de inferioridad⁵⁴.

Conforme a todo lo anterior, resulta que a la ya aludida necesidad de proveer al ordenamiento de un conjunto de normas apto para regular adecuadamente los nuevos mecanismos e instrumentos del tráfico en masa, para evitar los riesgos que su utilización implica en cualquier caso⁵⁵, se une ahora la de predisponer un conjunto normativo destinado específicamente a la defensa de los intereses de los consumidores.

Desde otro punto de vista, la toma en consideración de la situación e intereses de los consumidores tiene una función adicional de primera magnitud, en relación precisamente con la regulación del tráfico en masa, según he tenido ocasión de poner de relieve en otras ocasiones: «el llamado Derecho de los consumidores puede desempeñar un papel de primer orden en la evolución (del Derecho Privado patrimonial)... ya que precisamente en las relaciones entre consumidores y profesionales se pueden apreciar con mayor nitidez los problemas y consecuencias poco deseables del tráfico en masa. Porque los problemas que tan agudamente se plantean respecto a los consumidores no encuentran su única causa en la situación de inferioridad en la que éstos se hallan. Tal

p. 1062), y a la situación de inferioridad social del consumidor final (*ibid.* p. 1082); GONDRA, como hemos visto, señala que el consumidor ha pasado de ser soberano a súbdito: es decir, que ha pasado a encontrarse en la situación típica de subordinación que caracteriza a los súbditos (*op. cit.*, pp. 98 y s.: pero *vid.* también p. 108, donde pone en duda que la situación de desigualdad pueda darse por típica y generalizable a todos los consumidores, a efectos de configuración de un Derecho especial de los consumidores); y Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ califica al consumidor como «parte débil en las relaciones típicas de mercado» [*La competencia desleal* (Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1988), p. 128]. Lo cual no prejuzga, a mi entender, la creación de un nuevo Derecho especial del Consumo o de los Consumidores —cuestión que, al decir de BOURGOIGNIE (*Elementos... cit.*, p. 202) no presenta sino un interés teórico y relativo—; sobre lo cual, me remito a (y me reafirmo en) mi comentario al art. 7 LCU (*Comentarios LCU, cit.*, especialmente pp. 133 y ss.).

Por lo demás, la afirmación de que el consumidor se encuentra en situación de desigualdad o inferioridad —sin ulteriores calificativos— frente al profesional es moneda corriente en la doctrina española y extranjera. Su misma abundancia me exime de una cita que alargue excesiva e innecesariamente esta ya demasiado extensa nota.

⁵⁴ Ya he indicado más arriba cómo no es ésta la única situación de inferioridad que puede darse en el mercado. De hecho, también entre los profesionales pueden producirse desigualdades notables, que beneficien a unos y perjudiquen a otros. Pero la que afecta al consumidor es, probablemente, la única que presenta ese carácter típico al que me he referido más arriba.

⁵⁵ Lo cual se refiere fundamentalmente a los mecanismos relacionados de forma más directa con el contrato, en su fase *in fieri* (la publicidad y las condiciones generales de la contratación); quedan, sin embargo, en la penumbra lo relativo al cumplimiento (conformidad y garantía) y la responsabilidad (contractual y extracontractual).

cosa sirve para hacerlos más acuciantes. Su origen está también en las propias características del tráfico en masa, que se da no sólo entre profesionales y consumidores, sino también entre los propios profesionales... Pues bien, precisamente la situación estructural de inferioridad de que adolecen los consumidores propicia el nacimiento y extensión de esos problemas y consecuencias con mayor rapidez y evidencia que en otros supuestos. El Derecho de los consumidores no es sólo un excelente campo de cultivo de los gérmenes patógenos del tráfico y consumo en masa; puede servir también como laboratorio de experimentación y banco de pruebas de los remedios más eficaces. Una vez comprobadas su bondad y eficacia cabría generalizarlos a todo el Derecho Privado patrimonial, permitiendo así su evolución, y, con ella, que sean las normas generales las que regulen un campo cuya generalidad, desde el punto de vista sociológico, no necesita mayores ponderaciones»⁵⁶. Con razón se ha dicho, en este sentido, que la necesidad de proteger a los consumidores pone en evidencia la insuficiencia de la teoría clásica del contrato⁵⁷.

Por lo demás, esa misma necesidad de proteger jurídicamente a los consumidores ha determinado también un giro espectacular en la concepción genérica del Derecho de la Competencia, entre cuyas funciones básicas se señala ahora la defensa de los intereses del consumidor (aunque sea desde la perspectiva, algo sesgada e insuficiente en mi opinión, de la obtención de un funcionamiento eficiente del mercado)⁵⁸.

b) SOBRE LA NECESIDAD, CARACTERÍSTICAS E INCONVENIENTES DE UNA POLÍTICA JURÍDICO-PRIVADA DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES

7. 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 jurí-

⁵⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Prólogo» al vol. de *Legislación Básica de Consumo* a cargo de MARTÍNEZ DE AGUIRRE y PARRA LUCÁN (Madrid, Tecnos, 1992), pp. 19 y s.

⁵⁷ Cfr. GHESTIN, *Traité de Droit civil*, cit., pp. 116 y ss.

⁵⁸ Cfr. *ad rem*, recientemente, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, cit., especialmente pp. 89 y ss.; y VIRGOS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal* (Madrid, Civitas, 1993), especialmente pp. 17 y ss. y 61 y ss. Pero *vid.* también las consideraciones críticas de CRANSTON, *Consumers and the Law*, cit., pp. 17 y ss; o BOURGOIGNIE, *Eléments...* cit., pp. 159 y ss.

dica⁵⁹. Ha sido preciso, por tanto, adoptar medidas de carácter jurídico, cuya finalidad específica es la protección de los intereses del consumidor, como parte más débil⁶⁰.

Un primer conjunto de medidas son aquellas dirigidas más directamente a restaurar (o, quizás mejor, instaurar) la competencia y facilitar el funcionamiento eficiente y transparente del mercado, sobre la base de entender que de ahí deriva la mejor protección del consumidor⁶¹ (lo cual está en consonancia con lo expuesto *supra* sobre las funciones ahora asignadas al Derecho de la Competencia). En esta perspectiva la propia política jurídica de protección de los consumidores puede llegar a ser apreciada como un mecanismo complementario y corrector del funcionamiento del mercado⁶². No cabe duda de que, en cierto sentido, ambas cosas son verdad: por un lado, un funcionamiento eficaz del mercado redundaría en beneficio de los consumidores (sobre todo si se entiende, además, que el beneficio de los consumidores es una de las finalidades del mercado); y por otro, las medidas de protección del consumidor, en cuanto corrigen algunas de las disfunciones producidas por un incorrecto funcionamiento del mercado, actúan como correctoras o complementarias del mismo.

⁵⁹ Naturalmente, el Derecho nunca ha estado inerte frente a los abusos en la contratación, que son tan antiguos como la misma contratación: baste recordar, por ejemplo, en momentos temporalmente alejados, lo relativo al saneamiento en la compraventa, o las legislaciones protectoras de determinados contratantes débiles (arrendatarios, mutuarios, trabajadores); o, incluso, lo que DE CASTRO denomina como «antecedentes remotos de la protección del consumidor frente a las prácticas restrictivas de la competencia» (cfr. sus *Notas sobre las limitaciones intrínsecas... cit.*, pp. 1009 y ss.). Lo que ocurre, como escribí en otra ocasión, «es que dichos mecanismos (tradicionales): 1) no están pensados para su aplicación al tráfico en masa, por lo que los resultados a los que conducen no son siempre por completo satisfactorios, desde el punto de vista de la protección del consumidor; 2) proceden de una tradición muchas veces milenaria, que hunde sus raíces en el Derecho romano, y por tanto presentan un lastre histórico en su interpretación que provoca resistencias más que notables en los operadores jurídicos a aplicarlos en la forma que sería más adecuada para proteger a los consumidores; 3) o, en fin, son instrumentos demasiado generales (conceptos-válvula, como los de buena fe, abuso de derecho, etc.) cuya aplicación puede variar notablemente de uno a otro caso, dependiendo de la mayor o menor sensibilidad de quien tenga que hacerlo. De forma que los objetivos que teóricamente son alcanzables a través de una interpretación progresiva del Código civil o del de Comercio, no siempre han sido alcanzados; y no sólo por consideraciones de mayor o menor proclividad del juzgador a favorecer los intereses de los consumidores, sino también por otras dogmáticas, relacionadas con cuanto se acaba de exponer» (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Prólogo» *cit.* pp. 17 y s.).

⁶⁰ De esta manera, las reglas jurídico-privadas de protección de los consumidores entroncan «con una tradición constante del Derecho civil de los contratos: la protección del débil contra los abusos» (MALAURIE-AYNES, *Droit civil, cit.*, p. 186).

⁶¹ Cfr. ALFARO, en *ADC* 1993-1, p. 301. *Vid.*, también, las ilustrativas consideraciones de GHESTIN acerca del paso del intervencionismo neoliberal al neoliberalismo, en su *Traité de Droit civil, cit.*, pp. 112 y ss.

⁶² Cfr. GONDRA, *Derecho mercantil, cit.*, pp. 100 y s.; FONT GALÁN, *La protección de los consumidores en el Derecho Privado... cit.*, p. 22.

Sin embargo, la aproximación precedente resulta también insuficiente, en varios niveles:

1) Desde el punto de vista más teórico y abstracto, dicha aproximación opera lo que cabría denominar como «reduccionismo economicista», a partir de la contemplación del mercado como concepto económico extendido después a otros campos (singularmente el jurídico), que resulta peligroso. Como advierte Rittner ⁶³, de la economía se pueden esperar únicamente respuestas económicas; el riesgo es, por tanto, el de prescindir de otras consideraciones distintas de las económicas que, sin embargo, tienen un peso específico importante en la formulación y aplicación de las reglas de Derecho ⁶⁴: me refiero a la justicia, el bien común y la utilidad pública, la protección de los más débiles y, en el fondo, la primacía de la persona sobre las cosas.

2) En segundo lugar, se trata de un planteamiento claramente macroeconómico, y como tal (prescindiendo de su mayor o menor eficacia teórica), poco apto para solucionar con rapidez y eficacia los problemas concretos y actuales del consumidor individual, que se mueven en el terreno de la microeconomía, y son los que el Derecho debe afrontar (y resolver), con independencia de cuáles sean (*i.e.*, a qué modelo teórico respondan, o pretendan responder) las estructuras económicas de un país. Dicho con otras palabras: la actuación legislativa sobre el mercado para conseguir un sistema de competencia perfecta que proteja adecuada y eficazmente los intereses de los consumidores (mediante el funcionamiento eficiente del propio mercado) aparece como excesivamente teórica y demasiado alejada de los problemas concretos que hay que resolver en relación con concretos consumidores. En esta perspectiva, cabe preguntarse con Cranston, si hay que preferir los indirectos e intangibles beneficios de la competencia a las medidas dirigidas directamente a proteger a los consumidores ⁶⁵. Más aún cuando la experiencia constante demuestra que el llamado «modelo de competencia perfecta» no pasa de ser un modelo, al que conviene tender, pero que no ha llegado nunca a realizarse (ni siquiera, si se me apura, nos hemos aproximado demasiado a él): en la realidad, hay que reconocer, ahora con Atiyah, que el mer-

⁶³ RITTNER, *Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb*, AcP 188/2, p. 110.

⁶⁴ Cfr., en este sentido, las advertencias de DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas... cit.*, pp. 988 y 1009 y ss. (quien califica de «prejuicio» la consideración de que las medidas resultantes en una protección del consumidor son sólo resultado de la moderna buscada ordenación del mercado; más bien, añade, la protección del consumidor se explica por razones de política jurídica, antes que de política económica); *vid.* también CRANSTON, *Consumers and the Law*, *cit.*, pp. 20 y ss., quien señala (entre otras consideraciones) que el análisis económico del Derecho que sustenta esa visión olvida los valores de justicia y equidad.

⁶⁵ Cfr. CRANSTON, *op. cit.*, p. 19.

cado está plagado de imperfecciones⁶⁶. Y todavía más si se piensa que —esta vez tomo el texto de Cranston— «en un mundo de competencia imperfecta hay una clara distinción, en términos económicos, entre las políticas relativas a la competencia, que se dirigen a mejorar la eficiencia distributiva, y las que procuran reforzar la posición de los consumidores»⁶⁷. De suerte que, al menos en tanto no se eliminen esas imperfecciones (lo cual es algo que en la práctica nunca se ha conseguido, y es difícil que se consiga, por más que teóricamente sea posible), parece más razonable tomar medidas jurídicas directas de protección a los consumidores; las cuales, por su parte, podrán contribuir sin duda a un más eficiente funcionamiento del mercado⁶⁸, en la medida en que contribuyan a permitir que el consumidor desempeñe la función de árbitro del mismo que le es atribuida por la teoría económica⁶⁹.

Lo cual no quiere decir, por otro lado, que no deban tomarse también medidas dirigidas a permitir un funcionamiento eficiente del mercado, y a obtener la máxima aproximación posible al modelo de competencia perfecta; pero sí que es peligroso confiar únicamente a esas medidas, y a sus benéficos (y muchas veces indirectos) efectos sobre el mercado, toda la protección que debe ser dispensada a los consumidores. Entre otras razones porque, como he apuntado antes, tales medidas se centran en la fase precontractual (publicidad) y contractual (condiciones generales), y dejan en la penumbra algunos aspectos bien relevantes de la fase postcontractual (conformidad y garantía, cumplimiento en general y responsabilidad).

8. De manera que, al menos en tanto se alcanza en la práctica ese (utópico) modelo de competencia perfecta en el mercado, es preciso desarrollar una política jurídica dirigida específicamente a la protección de los consumidores, como parte típicamente más débil en las relaciones de mercado (y también en sus correspondientes traducciones jurídicas), y en el marco más amplio (de deseable generalización) del nuevo Derecho del tráfico y consumo en masa⁷⁰. Esta política jurídica no se constriñe al Derecho Pri-

⁶⁶ ATIYAH, *Contract and Fair exchange*, en «Essays on Contract» *cit.*, p. 350.

⁶⁷ CRANSTON, *op. cit.* p. 20 (y *vid.* también la cita de SHARPE que el propio CRANSTON recoge a continuación).

⁶⁸ Cfr. CRANSTON, *op. cit.*, p. 21; BOURGOIGNIE, *Eléments... cit.*, p. 190.

⁶⁹ Cfr. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, *cit.*, p. 120; VIRGOS, *El comercio internacional... cit.*, p. 61.

⁷⁰ Por las razones indicadas más arriba, bien puede ocurrir que la regulación de la producción, tráfico y consumo en masa dé comienzo por un conjunto de normas destinadas a defender los intereses de los consumidores. Lo ideal, en mi opinión, es que se reglamente adecuadamente, con carácter general, lo relativo a ese tráfico masificado (para lo cual, como he indicado, la atención al campo de los consumidores puede resultar de especial utilidad); pero dentro del mismo, entiendo también que

vado ⁷¹, pero sí afecta directamente al mismo, y dentro de él a la regulación (civil y mercantil) de las obligaciones y los contratos. Esta regulación proporciona a su vez los puntos de anclaje conceptuales ⁷² y los materiales necesarios para construir parte fundamental de la política jurídica de protección a los consumidores ⁷³.

La puesta en práctica de una tal política, llevada a cabo tanto a nivel de Estados —e inmediatamente me referiré brevemente al caso español—, como comunitario europeo e internacional, ha determinado la aparición de un cuerpo de normas de Derecho privado referidas, bien a la regulación de determinados contratos (algunos tipos de venta especialmente agresivos, crédito al consumo, contratos de servicios turísticos, etc.), bien a la de técnicas contractuales de alcance más general (contratos celebrados conforme a condiciones generales, contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales), bien, por último, a la de la respon-

siempre será necesaria una normativa destinada a proteger, más específicamente, los intereses de los consumidores (aunque, eso sí, será de menor extensión que en caso de que no se produzca esa regulación genérica del tráfico patrimonial en masa): cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *Comentarios LCU*, cit., sub art. 7, pp. 133 y ss.

⁷¹ Es más, en opinión de algunos autores el enfoque privatista no es correcto, y la consideración del Derecho de contratos como punto de partida de la legislación de protección de los consumidores es errónea: cfr. GOLDRING, *Consumer Law and Legal Theory: Reflections of a Common Lawyer*, «Journal of Consumer Policy» 13-2 (1990), pp. 121 y ss. (pero vid. también las más matizadas observaciones de CRANSTON, *Consumers and the Law*, cit., pp. xxxix y s., y BOURGOIGNIE, *Eléments... cit.* p. 187; y, entre nosotros, la opinión radicalmente contraria de TORRES LANA, *Derecho civil y protección de los consumidores*, cit., pp. 5 y s.). Desde otro punto de vista, no cabe duda de que existen normas de protección de los consumidores de naturaleza administrativa, procesal y penal, en número e importancia considerables. Como escribe R. BERCOVITZ (*La defensa contractual del consumidor y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en A. y R. BERCOVITZ, «Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores» —Madrid, Tecnos, 1987—, p. 75), «una vez asumida social, económica y políticamente la oportunidad de atender directamente a la defensa de los consumidores, una vez elevada esa defensa al rango de principio constitucional, resulta evidente que directa o indirectamente, esa defensa deriva de todo o de casi todo el Ordenamiento jurídico» De hecho, es habitual referirse a la interdisciplinariedad como una de las características más notables del llamado Derecho de los consumidores: cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentarios LCU* cit., sub art. 7, pp. 119 y ss.; y *Derecho comunitario y protección de los consumidores* (Madrid, Actualidad Editorial, 1990), pp. 2 y ss.

⁷² Cfr. TORRES LANA, *op. cit.*, p. 5.

⁷³ Cfr. R. BERCOVITZ, *La defensa contractual... cit.*, p. 77; TORRES LANA, *op. cit.*, p. 6; CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, cit., pp. 84 y s. En cuanto a si la preeminencia debe corresponder al Derecho civil o al mercantil, no es cuestión en que deba entrar aquí, aunque entiendo que a ambos afecta y de ambos se sirve la política jurídica de protección de los consumidores. Con todo, cfr. entre nosotros las opiniones de A. BERCOVITZ, *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil*, en «Estudios...» cit., pp. 33 y ss.; y GONDRA, *Derecho mercantil*, cit., pp. 102 y ss., por un lado; y R. BERCOVITZ, *op. cit.*, pp. 80 y ss., y CASAS VALLÉS, *op. cit.*, pp. 84 y ss., por otro.

sabilidad por daños a los consumidores. Normas todas ellas que inciden directamente sobre la construcción de la teoría general de las obligaciones y de los contratos, hasta el punto de poderse hablar de la aparición de «un nuevo Derecho de la contratación, caracterizado por la consideración de una de las partes como destinatario final del bien o servicio, que determina una protección más enérgica de los intereses de tal parte contratante» (Díez-Picazo)⁷⁴. Lo cual da lugar, a su vez, a la existencia *de facto* (con independencia de las consecuencias teóricas que quieran obtenerse de ello) de tres tipos de normas diferentes, en sede de obligaciones y contratos (y, fundamentalmente, en sede de contratación privada): las destinadas a regular las relaciones entre consumidores, las destinadas a regular las relaciones entre profesionales, y las destinadas a regular las relaciones entre profesionales y consumidores (estas últimas, caracterizadas teleológicamente por su finalidad de proteger a éstos frente a los eventuales abusos que puedan provenir de su situación de inferioridad)⁷⁵.

9. En este panorama, tan resumidamente descrito, no puede faltar una alusión a los posibles inconvenientes que puede presentar el desarrollo de una tal política jurídica de protección a los consumidores:

1) Desde el punto de vista técnico jurídico, se ha reprochado a las normas de protección de los consumidores su en ocasiones difícil inteligibilidad, y la rigidez (formalismo, burocratización) de las reglas que establecen⁷⁶. Por otro lado, su misma abundancia tiene como consecuencia un considerable aumento de la complejidad jurídica, que se perfila como un nuevo motivo de inferioridad de un consumidor no experto en Derecho, y con serios inconvenientes para conocer los derechos que le asisten en cada caso concreto, y para elegir los medios jurídicos más adecuados conforme a sus intereses⁷⁷.

2) Por otro lado, se ha señalado con razón que la excesiva protección puede tener consecuencias perjudiciales para el propio protegido, en relación con la misma cuestión respecto a la que se

⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos... I cit.*, p. 137.

⁷⁵ Cfr. *ad rem*, respecto a diferentes ordenamientos, las reflexiones de REICH, *Mercado y Derecho*, *cit.*, pp. 173 y ss. (que incluye una propuesta teórica bien conocida sobre la cuestión); CARBONNIER, *Droit civil*, T. 4 (15.ª ed., Paris, PUF, 1991), p. 37; ATIYAH, *The Modern Role of Contract Law*, en «Essays on Contract» *cit.*, p. 7; A. BERCOVITZ, *Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español*, en «Estudios...» *cit.*, p. 21.

⁷⁶ Cfr. MALAURIE-AYNES, *Droit civil*, *cit.*, p. 186.

⁷⁷ Sobre la complejidad normativa en general, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *Comentarios LCU*, sub art. 7, pp. 131 y ss.; GARCÍA CANTERO, *Integración del Derecho del consumo en el Derecho de obligaciones*, *cit.*, p. 46. En relación con un aspecto particular, MEZQUITA DEL CACHO, *Libertad y equilibrio en el contrato*, EC 24 (1992), p. 25.

intentaba protegerle: se citan así, como ejemplos ilustrativos, entre otros, los de la legislación protectora de los arrendatarios (que paraliza el mercado de alquiler de viviendas)⁷⁸, la protectora de la maternidad (que dificulta el acceso de la mujer a los puestos de trabajo)⁷⁹ o la relativa a seguridad de los productos (que puede tanto determinar un mayor descuido por parte de los usuarios —con lo que aumenta el número de accidentes—, como desincentivar las inversiones de los empresarios en seguridad, ante la perspectiva de tener que hacer frente en todo caso a las indemnizaciones)⁸⁰. Todo lo cual podrá repercutir en un aumento efectivo del coste de los productos⁸¹, cuyas consecuencias negativas recaerían básicamente sobre el sector de consumidores económicamente más débiles⁸². Pero también, ya con un carácter más amplio, esas repercusiones negativas de la sobreprotección podrían llegar a afectar la propia competitividad de las empresas y, con ello, al entero sector productivo⁸³. Y tampoco cabe desconocer que en ocasiones la normativa de protección de los consumidores puede ser empleada (e incluso puesta en vigor) con la sesgada finalidad de limitar la competencia interna o externa —con el consiguiente perjuicio para el propio consumidor—⁸⁴.

3) Por último, se ha puesto también de relieve cómo la excesiva protección puede conducir a considerar (si no en la teoría, al menos sí en la práctica) al consumidor como una suerte de incapaz⁸⁵, y cómo de este modo lo que se hace es resucitar un Derecho de clases⁸⁶. Profundizando en esta misma dirección, se ha afirmado que un sistema excesivamente amplio de protección tendría consecuencias negativas respecto a la capacidad de los ciudadanos tanto para realizar decisiones conscientes, a partir de una reflexión sobre riesgos y beneficios, como para asumir res-

⁷⁸ Cfr. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, cit., p. 24; ZÖLNNER, *Die politische Rolle...* cit., pp. 335 y ss.

⁷⁹ Cfr. ZÖLNNER, *op. y loc. cit.*

⁸⁰ Cfr. CRANSTON, *Consumers and the Law*, cit., pp. 22 y s.; sobre la responsabilidad, LACRUZ, *Elementos...* II-1.º cit., pp. 480 y s.; COOTER (quien se remite a BROWN en esta materia), *Le migliori leggi giuste...* cit., pp. 532 y s.

⁸¹ Cfr. MALAURIE-AYNES, *op. et loc. cit.*

⁸² Cfr. CRANSTON, *op. cit.*, pp. 3 y ss.; CAVANILLAS MÚGICA, *La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos*, EC 18 (1990), pp. 48 y ss.

⁸³ Cfr., desde una perspectiva concreta, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, cit., pp. 79 y ss.

⁸⁴ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. ult. cit.*, pp. 95 y ss.; BENJAMÍN, *El Derecho del consumidor*, EC 24 (1992), p. 14.

⁸⁵ Cfr. MALAURIE-AYNES, *op. et loc. cit.*; MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de Droit civil*, cit., p. 29; lo refleja DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas...* cit., p. 1077, pero con la advertencia de que hay en este planteamiento un error de enfoque, en la medida en que prescinde de la situación práctica de necesidad en que se encuentra el consumidor.

⁸⁶ MAZEAUD-CHABAS, *op. y loc. cit.*

ponsablemente las consecuencias de tales decisiones, destacadamente en el campo de la contratación⁸⁷; y, por otro lado, desvirtuaría los principios de autodeterminación y autorresponsabilidad, fundamentales para la existencia de una sociedad verdaderamente libre⁸⁸.

10. A lo que entiendo, los anteriores inconvenientes, que reflejan problemas reales, derivan no de la protección al consumidor, sino del exceso en la misma; es decir, de la sobreprotección. Su consideración no debe servir, por tanto, para negar la necesidad de desarrollar una política jurídica de defensa de los consumidores, o para llevarla a un nivel insuficiente. Resultaría chocante, por ejemplo, que en aras de un mayor respeto al principio de autonomía de la voluntad, entendida como derecho constitucionalmente amparado, corolario de la dignidad de la persona, y condición de existencia de una sociedad verdaderamente libre, se toleraran situaciones en las que la voluntad del consumidor, insuficientemente formada e informada, desempeñara un papel meramente formal, con grave perjuicio para su posición jurídica: aquí, propiamente, no puede hablarse de autorregulación de los propios intereses por parte del consumidor (quien sólo puede adherirse a la reglamentación contractual unilateralmente predispuesta por el profesional), mientras que el principio de responsabilidad sirve únicamente para agravar esa situación, dando respaldo jurídico coercitivo a la reglamentación de intereses unilateralmente establecida. Del mismo modo, sería llamativo negar o disminuir la necesaria protección directa al consumidor alegando los eventuales perjuicios para el propio consumidor en que ello podría resolverse: a cuenta de protegerle, se le deja desprotegido. De otra parte, tal y como advierte García Cantero, «si hubiera riesgo de protección excesiva, no es éste el momento de alertar contra ella cuando apenas si están poniéndose lentamente en marcha los mecanismos de protección»⁸⁹.

En conclusión, de lo que se trata —como casi siempre— es de encontrar el equilibrio adecuado para esa política de protección, que sitúe al consumidor en una posición de igualdad frente al profesional, pero no de superioridad. Lo cual es, como es sabido, cuestión de prudencia jurídica⁹⁰.

⁸⁷ Cfr. LIEB, *Grundfragen einer Schuldrechtsreform*, cit., p. 364.

⁸⁸ ZÖLLNER, *Die politische Rolle...* cit., p. 336.

⁸⁹ GARCÍA CANTERO, Informe General, EC 16, p. 17.

⁹⁰ En el breve y apretado resumen realizado en las páginas anteriores han quedado en el tintero, por falta de tiempo, algunas cuestiones interesantes, cuya consideración habrá que dejar para otra ocasión: así la ya aludida en algunas ocasiones de la heterogeneidad de los consumidores como grupo; la del papel (y eficacia) de la intervención pública y la iniciativa privada colectiva —incluyendo la autorregulación— en la protección de los consumidores; la de la (dudosa) autonomía del llamado Derecho del consumo y sus integración sistemática en el Ordenamiento; etc.

C. Plan de la exposición

11. La política de protección a los consumidores, en su plasmación jurídico privada, ha afectado a las dos principales fuentes de las obligaciones: el contrato y la responsabilidad por daños. En este segundo aspecto, la influencia del principio de protección a los consumidores se sitúa en el ámbito más genérico de la evolución que ha experimentado la responsabilidad civil en los últimos decenios, apareciendo como uno más de los factores que han propiciado dicha evolución. Me remito, por tanto, a cuanto se exponga en la ponencia dedicada específicamente al Derecho de daños. Dedicaré, por tanto, mi atención, a la incidencia del principio indicado sobre el Derecho de la Contratación; ello, dadas las lógicas limitaciones de extensión y tiempo, en relación con el contrato *in genere*, tanto en sus fundamentos dogmáticos (con especial referencia a los principios de autonomía de la voluntad y de equivalencia de las prestaciones), como respecto a algunas cuestiones concretas (formación del contrato, forma, contenido, cumplimiento).

Pero antes, parece oportuno aludir a la consideración de la protección a los consumidores como principio general del Ordenamiento español.

3. LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

12. Nuestra Constitución consagra, en su art. 51, la defensa de los consumidores como uno de los principios rectores de la política económica y social. A su vez, el art. 53.3 CE dispone que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero (entre los que se encuentra el citado *supra*) informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». En esta misma línea, el art. 1 de la Ley 20/1984, de 18 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, remitiéndose a los anteriores, establece que la defensa de los consumidores y usuarios «tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico». La terminología empleada por este último evoca inmediatamente la dicción literal del art. 1.4 Cc (conforme al cual «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico»), y permite reconducir la cuestión, en la perspectiva jurídico-privada, a la categoría bien conocida para los cultivadores del Derecho Privado —por más que dotada de un alto grado de inaprehensibilidad, necesario para que pueda cumplir la

función que tiene asignada por el ordenamiento—⁹¹, de los principios generales del Derecho⁹². Falta, sin embargo, como bien ha recordado Torres Lana, el desarrollo técnico de este principio en clave de fuentes del Derecho⁹³. Naturalmente, no es éste el lugar más oportuno para hacerlo, pero quizás sí el de sentar las bases que permitan comprender mejor las características de la incidencia de este principio sobre el Derecho de la Contratación.

Lo cual exige, en mi opinión, poner en conexión este principio con las dos funciones que incumben a la categoría, de acuerdo con el art. 1 Cc: la función informadora, y la función de fuente supletoria de segundo grado.

13. En cuanto al primer aspecto, el principio de protección a los consumidores puede incluirse entre los que, desde De Castro, reciben la denominación de principios políticos⁹⁴; estos principios, al decir del eximio civilista, «son los principios operantes, impulsores de toda la maquinaria del Estado y fuerza renovadora de la vida social... como expresión de la voluntad rectora del Estado, son los más enérgicos»⁹⁵. En la medida en que aparece recogido en la Constitución, con la eficacia que le atribuye el art. 53; merece el calificativo de principio constitucional⁹⁶. En ambos conceptos, le corresponde la función de informar la totalidad del Ordenamiento jurídico⁹⁷. Lo

⁹¹ Cfr. las ilustrativas consideraciones de LACRUZ, *Elementos... I-1.º* (Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1988), pp. 198 y s.; o GORDILLO CAÑAS, *Ley, principios generales y Constitución* (Madrid, Editorial Centro de Estudios «Ramón Areces», 1990), pp. 41 y ss.

⁹² Así ha sido considerado, entre otros, por A. BERCOVITZ, *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil*, en «Estudios...» cit. pp. 29 y s.; LÓPEZ SÁNCHEZ, *La tutela del consumatore in Spagna*, RTDPC, 1986, pp. 961 y s.; TORRES LANA, *Derecho civil y protección de los consumidores*, cit., pp. 8 y ss.; o GARCÍA CANTERO, *Integración del Derecho del consumo en el Derecho de obligaciones*, cit., p. 41. Existen también enfoques más iuspublicistas de la cuestión, que obvian la consideración del principio de protección a los consumidores como principio general del Derecho, en su sentido técnico más estricto: cfr., por ejemplo, el comentario (por otra parte muy ilustrativo) de J. J. RUIZ RICO al art. 51 de la Constitución, en los *Comentarios a las Leyes políticas* (dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL), t. IV (Madrid, Edersa, 1984), pp. 405 y ss.; o el trabajo (de título engañoso, en la perspectiva adoptada en el texto) de Adolfo MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La defensa del consumidor: un principio general del Derecho*, en «Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al prof. GARCÍA DE ENTERRÍA), t. II (Madrid, Civitas, 1991), pp. 1901 y ss.

⁹³ Cfr. TORRES LANA, *op. cit.*, p. 9: este autor, por lo demás, ha dedicado su atención al tema en esa misma sede, con agudas observaciones que se revelan de gran utilidad.

⁹⁴ Así lo considera expresamente TORRES LANA, *op. et loc. cit.*

⁹⁵ DE CASTRO, *Derecho civil de España*, T. I (reimpr. conjunta de los dos tomos, Madrid, Civitas, 1984), p. 424.

⁹⁶ Sobre los cuales, por todos, cfr. GORDILLO, *Ley, principios generales y Constitución*, cit., pp. 63 y ss.; LACRUZ, *Elementos... I-1.º cit.*, p. 205.

⁹⁷ Función informadora que, tratándose de principios constitucionales, como es

cual quiere decir, a su vez, que la interpretación de las normas aplicables a los consumidores debe efectuarse conforme a ese principio de protección (conclusión que se fundamenta, además, directamente en la dicción literal del art. 53.3 CE) —ahí radica el apoyo constitucional y técnico del llamado principio *pro consumatore*^{98—99}.

Ésta es, pues, la primera consecuencia, sencilla en su formulación teórica pero que puede tener importantes consecuencias tanto teóricas como prácticas, de la puesta en relación del principio de protección a los consumidores con el Derecho de obligaciones: tratándose de relaciones entre un consumidor y un profesional, la normativa aplicable habrá de ser interpretada en el sentido más favorable a sus (razonables) intereses (es decir, siempre dentro de los criterios de razonabilidad apuntados *supra*, a fin de evitar los riesgos de la sobreprotección); de esta manera, toda la normativa existente sobre obligaciones y contratos adquiere nuevas tonalidades, un significado cualitativamente distinto, y puede llegar a tener unas virtualidades tuitivas insospechadas. En palabras de A. Bercovitz, «la existencia de este nuevo principio general de nuestro Derecho obliga, por tanto, a contemplar desde una nueva perspectiva la normativa ya existente, lo cual implicará a menudo... que habrá de variarse sustancialmente la interpretación de determinados preceptos, los cuales adquieren a la luz del nuevo principio un contenido en el que el legislador no pudo pensar al promulgarlos»¹⁰⁰.

¿*Quid* en relación con una eventual *reformatio in peius* de nuestro Ordenamiento? Teóricamente, no habría obstáculos a considerar vedada tal posibilidad por el art. 51 CE, e inconstitucio-

el que ahora nos ocupa, puede desarrollarse con una fundamentación técnica (y política) de la que hasta ese momento carecía. De ahí que con razón haya podido afirmar FUENMAYOR que «la Constitución española ha venido a continuar, perfeccionándola —o si se quiere, dándole acabamiento congruente—, la labor iniciada con la reforma, sancionada en 1974, del Título Preliminar del Código civil, por lo que mira al valor atribuido a los *principios jurídicos*» (la cursiva es del autor): *Alcance del principio constitucional de igualdad*, ADC 1983, p. 127. Sobre lo cual, *vid.* también la fundamental aportación de GORDILLO, *op. cit.*, pp. 63 y ss., en quien me inspiro.

⁹⁸ Cuya existencia me parece indudable, y sus resultados por lo general correctos y satisfactorios, pese al carácter mixto (ALFARO, ADC 1993-1, p. 300, nota 1) —o italiano, si se quiere— de la expresión.

⁹⁹ Por lo demás, es habitual en la doctrina francesa incluir el principio de protección de los consumidores entre los principios del orden público económico, y más concretamente en el denominado «orden público económico de protección», del que es considerado como una de las manifestaciones más destacadas: cfr. CARBONNIER, *Droit civil, cit.*, p. 142; MALAURIE-AYNES, *Droit civil, cit.*, p. 287; GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.*, pp. 106 y ss., y 114 y ss.; WEILL-TERRÉ, *Droit civil. Les obligations* (4.ª ed, Paris, Dalloz, 1986), pp. 256 y ss. Entre nosotros, puede verse sobre el orden público económico, DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones... cit.*, pp. 1046 y ss., y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos... I cit.*, pp. 42 y ss.

¹⁰⁰ A. BERCOVITZ, *La protección de los consumidores... cit.*, pp. 29 y s.

nales las normas en que se estableciera ¹⁰¹. En la práctica, tal posibilidad se plantea como lejana, por las diferentes finalidades legítimas a las que puede responder la adopción de una norma que suponga, al menos desde un cierto punto de vista, efectiva disminución del nivel de protección de los consumidores. Piénsese, por ejemplo, que en cierta medida el R.D.-L. 2/1985, de 30 de abril, cuyo art. 9 suprime la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos, podría ser considerado como determinante de una reducción del nivel de protección de los arrendatarios de viviendas ¹⁰². Sería preciso, por tanto, hacer un juicio acerca de las finalidades a que se dirige esa reforma normativa, a fin de determinar si el sacrificio que suponen desde el punto de vista de la protección de los consumidores se encuentra compensado por la importancia de dichas finalidades, desde el punto de vista de la satisfacción del interés general. Lo cual no quiere decir que en tal caso el principio informador carezca de cualquier eficacia; como señala Díez-Picazo, tales principios permiten «distinguir según su conformidad o disconformidad con los principios, un Derecho normal y un Derecho excepcional, extrayendo de esta distinción, sin grave dificultad, la que, en sede interpretativa, se produce entre la interpretación restrictiva y la interpretación extensiva. Se interpreta extensivamente, la regla de Derecho que está en consonancia con los principios, y, por el contrario, se interpreta restrictivamente aquella que pertenece a un sector del ordenamiento que por su disonancia con los principios debe considerarse Derecho excepcional» ¹⁰³; en el mismo sentido, aunque más concisamente, Torres Lana afirmará que el principio lesionado «impondrá la interpretación restrictiva de tal norma» ¹⁰⁴.

14. En cuanto al segundo de los aspectos anunciados *sub* 12, no creo que quepa duda razonable acerca del carácter de fuente del Derecho, supletoria en segundo grado, que incumbe al principio general de protección de los consumidores. Se trata en efecto, de un principio no sólo político y constitucional, informador del ordenamiento; sino que aparece también como principio de

¹⁰¹ Para LÓPEZ SÁNCHEZ (*La tutela del consumatore in Spagna, cit.* p. 962), el principio constitucional, operando como principio general del Derecho «habrá de funcionar como obstáculo frente a intentos de modificación *in peius* del ordenamiento ya en vigor; podrá ser invocado por el Tribunal Constitucional a la hora de declarar contraria a la norma fundamental una determinada ley».

¹⁰² Cfr. FONT GALÁN, *La protección de los consumidores en el Derecho Privado... cit.*, p. 33. Sobre las relaciones entre arrendamientos urbanos y protección a los consumidores, con especial atención, también al polémico art. 9 R.D.-L. citado, *vid.* GARCÍA CANTERO, *El contrato de arrendamiento urbano y la Ley del consumidor*, AC 1987, pp. 2431 y ss.

¹⁰³ Díez-PICAZO, en AA.VV., *Comentario del Código civil* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1991), *sub* art. 1, p. 10.

¹⁰⁴ TORRES LANA, *Derecho civil y protección de los consumidores, cit.*, p. 10.

carácter técnico, inducible —e inducido— de las normas legales, en el que se concreta técnicamente ese principio informador para actuar como fuente del Derecho de la forma fijada por el art. 1.4 Cc. Lo cual no supone, a mi entender, una reduplicación de lo anteriormente señalado, puesto que precisamente la recepción por diversas normas legales del principio (informador) de protección de los consumidores, a través de técnicas y planteamientos concretos, permite también una mayor concreción de ese mismo principio cuando opera como fuente del Derecho: piénsese, por ejemplo, en su plasmación como el principio de condición más beneficiosa para el consumidor, inducible a partir —entre otros— de los arts. 8.2, 10.2 o 27.1 LCU, o 9 de la Ley de Contratos celebrados Fuera de Establecimientos Mercantiles —en adelante, LCCFEM— que puede tener repercusiones prácticas importantes ¹⁰⁵.

4. JUSTICIA CONTRACTUAL, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

A. Planteamiento

15. 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 tenido también como consecuencia notable un replanteamiento del tema de la justicia contractual, tal y como ésta es contemplada en los ordenamientos de origen liberal-individualista.

El papel de la justicia en las relaciones contractuales de carácter oneroso (a las que limitaré en adelante mi análisis) ¹⁰⁶ es, sin duda, una de las cuestiones fundamentales de la teoría general del contrato, con abundantes manifestaciones en la configuración técnica de la institución, y por tanto, en su desenvolvimiento práctico. Aparecen implicados en ella tanto la eficacia que el ordenamiento deba reconocer a la voluntad de los contratantes (es decir, el alcance efectivo del principio de autonomía de la voluntad), como la influencia que sobre lo acordado por las partes deba tener el principio de equivalencia de las prestaciones (o si se quiere, en formulación más genérica, la justicia conmutativa). Lo cual depende de las concepciones dominantes en cada momento (y,

¹⁰⁵ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *Comentarios LCU*, cit., pp. 130 y s.

¹⁰⁶ Sobre la excepcionalidad de los actos gratuitos en la economía moderna, cfr. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos... I cit.*, pp. 47 y ss.

por eso mismo, del propio cambio en dichas concepciones). En palabras de De Castro, «en la regulación de la autonomía de la voluntad, juegan dos opuestos polos de atracción. El del respecto a la palabra dada y el de la justicia conmutativa. El de la libertad para obligarse y el del control estatal para decidir si debe cooperar con lo querido o declarado por los contratantes. En cada momento de la Historia, la balanza se puede inclinar hacia el uno o hacia el otro polo»¹⁰⁷.

En todo caso, sí parece claro que la obtención de lo que genéricamente vengo denominando «justicia contractual» aparece en cualquier época como un objetivo a conseguir por medio de la regulación jurídica del contrato. Lo que varía es el mismo contenido del concepto de justicia contractual, y, en consecuencia los mecanismos técnico-jurídicos empleados para conseguirla y, al final, el resultado práctico obtenido. Sobre lo cual, la consideración tanto del planteamiento liberal-individualista propio de la Codificación, como de la situación actual (en la que el principio de protección a los consumidores, y la percepción de su situación de inferioridad juegan un papel de primera magnitud), con sus respectivas consecuencias en el plano positivo, resulta especialmente aleccionador.

B. Autonomía de la voluntad y justicia contractual

16. Como acabo de señalar, el punto de partida, para entender mejor tanto la situación actual como los problemas que plantea, es el de la Codificación (que, a su vez, es punto de llegada de una evolución anterior muy extensa y bien conocida, en lo que se refiere al concepto y eficacia del contrato). También en esta época la obtención de la justicia contractual aparece como objetivo deseable: las mismas palabras de Fouillé («qui dit contractuel, dit juste»), demuestran paladinamente que el contrato es considerado como el mecanismo óptimo para conseguir la justicia en las relaciones patrimoniales de intercambio, hasta tal punto que llega a identificarse con ella; no se trata tanto de una suerte de reduccionismo voluntarista, sino de la manifestación de una convicción profunda en la verdad de dicha expresión, como consecuencia de la adopción de unas premisas filosóficas, políticas y económicas bien definidas. Su consideración permitirá, a lo que entiendo, comprender mejor esta afirmación.

Dichas premisas son, básicamente, las siguientes¹⁰⁸:

¹⁰⁷ DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas... cit.*, p. 1063.

¹⁰⁸ Seguiré aquí, fundamentalmente, las exposiciones de DíEZ-PICAZO, *Fundamentos... I cit.*, pp. 121 y s.; y GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.* pp. 20 y ss.

1) En el plano filosófico, por un lado las ideas de igualdad y libertad esencial de los hombres, consideradas «de forma absolutamente abstracta, con independencia de las coacciones y de las desigualdades que, de hecho, puedan afectar de forma concreta a los individuos» (Ghestin); y por otro lado, la consideración de la libertad individual como única fuente de las obligaciones jurídicas y de justicia ¹⁰⁹. En esta perspectiva, «el contrato es el mejor arreglo de los intereses privados porque es una obra común de dos contratantes, que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico» (Díez-Picazo) ¹¹⁰.

2) En el plano económico, la doctrina de *laissez faire*, *laissez passer*, cuya manifestación más característica en este caso es la de *laissez contracter* ¹¹¹, basada en «la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son ... los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones» (Díez-Picazo) ¹¹². De acuerdo con ello, en palabras ahora de Ghestin, «la justicia contractual, que expresaba antes la búsqueda del precio justo, no puede ser determinada desde el exterior en forma objetiva. Son las mismas convenciones las que, por el libre juego de la oferta y la demanda, crean lo justo» ¹¹³.

En esta perspectiva, por tanto, la justicia contractual se obtiene como consecuencia de la negociación entre dos personas libres e iguales, obrando cada una de ellas en defensa de sus propios intereses, y de la voluntad de obligarse en la forma acordada por ellas, manifestada en el contrato. A partir de ahí, el papel del Estado debe limitarse a respaldar tanto la eficacia de dicho contrato, como su cumplimiento, si fuera preciso. De donde se deriva, a su vez, la contemplación del principio *pacta sunt servanda* como la clave de bóveda del sistema contractual, y la atribución al mismo de carácter absoluto ¹¹⁴. Esto quiere decir, a su vez, que se da preeminencia radical al principio de autonomía de la voluntad, y de lo que cabría denominar «justicia contractual subjetiva», que depende y se identifica con lo acordado por los contratantes. El principio de equivalencia de las prestaciones no desaparece —al menos en una aproximación teórica— sino que es absorbido por el de autonomía de la voluntad: las prestaciones acordadas son, por hipótesis, equivalentes, porque la relación de equivalencia adecuada (*i.e.*, justa) es precisamente la establecida por los contratantes. No cabe, por tanto, un control externo relativo, ni a la

¹⁰⁹ GHESTIN, *op. cit.* p. 21

¹¹⁰ Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 122.

¹¹¹ Cfr. GHESTIN, *op. cit.*, p. 23.

¹¹² Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 122.

¹¹³ GHESTIN, *op. cit.* p. 23.

¹¹⁴ Cfr. DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas... cit.*, p. 988.

concreta situación de los contratantes, y su poder relativo de negociación, ni a la objetiva adecuación de las prestaciones pactadas.

Las consecuencias técnicas de este planteamiento son bien conocidas: por un lado, la práctica desaparición del mecanismo de la rescisión por lesión (la lesión no pasaría de ser un mal negocio ¹¹⁵); por otro, la importancia fundamental —también desde el punto de vista normativo— del proceso de formación del consentimiento de los contratantes, garante de la libertad contractual y con ella, indirectamente, de la justicia contractual: en efecto, dadas las premisas más arriba asentadas, bastará con proteger la voluntad de ambos intervinientes frente a los vicios que puedan afectarla (y, por tanto, distorsionar su eficacia), para que el resultado perseguido —un contrato fruto de dos voluntades libres e iguales, que realiza perfectamente la justicia contractual por esa misma razón— se consiga. El modo de obtener la justicia contractual es indirecto —mediante la protección de la voluntad de los contratantes—, y se subsume por completo en el sistema de protección de la libertad contractual; se instrumenta, por tanto mediante el régimen positivo de los vicios del consentimiento, y de determinadas situaciones de lo que cabría denominar «voluntad débil», o de déficit de voluntad (y conocimiento) en determinadas personas: típicamente, menores e incapaces. En tales aspectos se concentra, por tanto, la atención el Derecho ¹¹⁶. A su vez, el equilibrio objetivo de las prestaciones acordadas no desempeña papel alguno; porque o bien existe, y entonces no hay cuestión; o no existe, pero el desequilibrio ha sido libremente asumido por los contratantes, de forma que el Derecho ha de asumirlo igualmente ¹¹⁷; o no ha existido esa voluntad libre, por alguno de los motivos indicados (vicios de la voluntad, situaciones típicas de déficit de la voluntad ya aludidas), y entonces el Derecho considera el contrato como inválido o ineficaz. De ahí a pensar que lo único que interesa al Derecho, en sede contractual, es la integridad de los consentimientos, prescindiendo del papel que tal cosa juega (en la teoría liberal) respecto a la obtención de la justicia contractual, no hay más que un paso ¹¹⁸.

¹¹⁵ Cfr. MALAURIE-AYNES, *Droit civil, cit.*, p. 236.

¹¹⁶ Lo cual explica, a su vez, la difícil relación entre rescisión por lesión y vicios (no necesariamente típicos) de la voluntad (cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos... I, cit.* p. 485; GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.*, pp. 197 y 647), reconduciendo aquella precisamente al campo de la autonomía de la voluntad.

¹¹⁷ Recuérdese, por un lado, que los actos gratuitos, y los mixtos, forman categorías conocidas y admitidas desde antiguo. Y, por otro lado, que los límites genéricos impuestos por el ordenamiento a la libertad individual en sede patrimonial son los que resulten, en su caso, de la eventual regulación de la prodigalidad: dentro de esos límites, muy amplios en la configuración que hace de ellos el Derecho de corte liberal, cada uno puede hacer con sus bienes lo que tenga por conveniente.

¹¹⁸ Cfr. GHESTIN, *op. cit.*, p. 197.

Esto supone, por otro lado, emplear un instrumento dirigido a garantizar la libertad del consentimiento, como (único) mecanismo de obtención de la justicia contractual. El problema reside no tanto en dicho empleo, razonable en el sentido que ahora veremos, sino en que se trate del único instrumento previsto a tal fin. Y es que de los dos polos que mencionaba De Castro, según hemos visto, lo propio de este planteamiento es centrarse en la autonomía de la voluntad —libertad contractual— y en los medios técnicos dirigidos a garantizarla: la primera absorbe el principio de equivalencia de las prestaciones, y los segundos agotan —en congruencia con lo anterior— los mecanismos jurídicos dirigidos a garantizarla. El resultado práctico, como he advertido, es la difundida consideración de que lo único importante es la integridad del consentimiento, y que la equivalencia objetiva de las prestaciones no debe ser tenida en cuenta, con carácter genérico, en la regulación positiva del contrato.

17. Esta suerte de unilateralización jurídica del problema de la justicia contractual, centrada casi únicamente en el juego de la autonomía de la voluntad, se ha demostrado como claramente insuficiente a la luz de las nuevas realidades económicas y jurídicas, y de los cambios políticos, sociales e ideológicos de las últimas décadas. Uno de los campos en los que dicha insuficiencia se ha hecho notar con particular fuerza (especialmente en sede de obligaciones y contratos) ha sido el de las relaciones entre consumidores y profesionales —que es el que aquí interesa— como consecuencia de la inferioridad de aquéllos, según hemos visto *supra*. En consecuencia, han sido cuestionadas tanto las premisas sobre las que se fundaba la visión liberal-individualista de la justicia contractual, como su traducción técnico-jurídica.

Ya he aludido más arriba a la desigualdad entre el consumidor y su contraparte profesional, que permite calificar el postulado de la igualdad contractual como un mito actualmente insostenible; no vale la pena, pues, insistir en ello (pero sí recordarlo).

Se ha relativizado también el verdadero papel de la voluntad en los contratos de consumo, distinguiendo entre la voluntad de cada una de las partes contratantes (consumidor y profesional), y reconduciéndolo al poder de negociación que compete a cada una de ellas. En esta perspectiva, es correcta la afirmación de que el contrato de consumo (típicamente, conforme a condiciones generales predisuestas por el profesional, al que el consumidor se adhiere tras consentir fundamentalmente sobre la cosa, el precio, y en su caso determinadas condiciones de cumplimiento) encuentra en su base la voluntad contractual de ambas partes; pero es una voluntad desigualmente formada, puesto que la intervención de las dos voluntades que le dan nacimiento es de intensidad bien distinta: la del profesional interviene a través de la predisposición de la reglamentación contractual, y el consentimiento para la crea-

ción del contrato; la del consumidor, sólo mediante este último. De ahí que se haya llegado a afirmar que la idea de que los contratos se basan en el acuerdo de voluntades es verdad sólo en un sentido muy restringido: «mientras sigue siendo verdad que, en numerosas ocasiones, la creación actual de un contrato (y, por tanto, sus términos esenciales) requiere el acuerdo de las partes, no lo es ya, en muchas circunstancias, que el detalle de los términos del contrato dependa del acuerdo de las partes» (Atiyah)¹¹⁹; en esta misma línea, califica dicho autor la libertad de negociación como una ficción, puesto que esa libertad se basa en la igualdad entre las partes, cuestión que resulta actualmente más que dudosa¹²⁰. De ahí que también se haya considerado necesario distinguir, en el análisis de lo relativo a la justicia contractual, entre los contratos unilateralmente predispuestos y los bilateralmente negociados¹²¹.

Lo que esto implica es, por tanto, que la voluntad no puede cumplir el papel de aseguramiento de la justicia contractual, en la forma indicada más arriba, puesto que no puede ser calificada (al menos sin ulteriores matizaciones) como voluntad enteramente libre; —antes bien, aparece determinada decisivamente por la situación de inferioridad del consumidor es decir, por la desigualdad entre los contratantes—. Pero esto implica también que los mecanismos técnicos derivados de los presupuestos que ahora se revelan incorrectos (régimen de los vicios del consentimiento, situaciones de déficit de voluntad), son ellos mismos insuficientes¹²², no sólo para garantizar la justicia contractual objetiva, sino incluso para proteger eficazmente la libertad del consentimiento. Provocan así la indefensión del consumidor, y acentúan su inferioridad.

Una primera consecuencia de cuanto llevo expuesto es la consideración de que el Derecho ha de ocuparse no sólo de lo que cabría denominar «justicia contractual negocial» (entendiendo por tal, la corrección legal —formal— del proceso de negociación y celebración del contrato), sino también de la «justicia contractual sustantiva», relativa al contenido del contrato¹²³. En esta consideración, el centro de gravedad de la atención jurídica pasa de los requerimientos de corrección formal en la negociación (ausencia

¹¹⁹ ATIYAH, *An introduction to the Law of Contract*, cit., p. 14.

¹²⁰ Cfr. ATIYAH, *op. cit.*, p. 21.

¹²¹ Cfr. VON MEHREN, *A General View of Contract*, cap. I del vol. VII («Contracts in General») de la «International Encyclopedia of Comparative Law» (Tubingen/The Hague-Boston-London, 1982), pp. 64 y ss.

¹²² Cfr. MALAURIE-AYNES, *Droit civil*, cit. p. 237; L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, cit., p. 37.

¹²³ En la doctrina anglosajona se ha distinguido entre la «procedural contractual justice» y la «substantive contractual justice», de donde tomo la apuntada en el texto: cfr. ATIYAH, *Contract and Fair Exchange*, cit. pp. 333 y ss.; VON MEHREN, *op. cit.* pp. 64 y ss.

de vicios en la voluntad, plena capacidad), a la contemplación del contenido de ese contrato (es decir, del resultado de la negociación)¹²⁴; y la misma regulación de la fase precontractual (en el aspecto que ahora estamos considerando) es entendida de nuevo no como un fin —la integridad de la voluntad— buscado únicamente por sí mismo (aunque también lo sea, en lo que se refiere a la libertad contractual), sino como un mecanismo dirigido así mismo a obtener la justicia contractual sustantiva¹²⁵ —aunque, añadiría yo, dotado de una más que notable autonomía dogmática y funcional, derivada de la finalidad de defensa de la libertad contractual que le es característica—.

Corolario de lo anterior es la afirmación según la cual no se puede ya 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 contrato¹²⁶: ambos deben constituir objeto de su atención, por razones en parte peculiares, en parte coincidentes. Sobre todo lo cual volveremos inmediatamente.

18. Lo visto se ha traducido también en el redescubrimiento del principio de equivalencia (objetiva) de las prestaciones, al que me referiré en seguida. Pero también en la aparición de algunas propuestas teóricas y nuevos datos normativos que conviene tomar en consideración.

Se puede hablar, en general, de un redimensionamiento del papel de la voluntad contractual respecto al contrato, tanto en lo referido a su eficacia vinculante, como en cuanto a la determinación de su contenido. En esta dirección, se ha considerado que dicha voluntad contractual se encuentra en muchas ocasiones (destacadamente, cuando se trata de la expresada por un consumidor) notablemente debilitada, por lo que tiene un carácter antes presunto que concluyente o decisivo, desde el punto de vista de su obligatoriedad¹²⁷; a ello contribuye su puesta en relación con el resultado de dicha voluntad, manifestado en la reglamentación contractual: un desequilibrio notable entre las respectivas situaciones contractuales de cada uno de los intervinientes permite presumir la existencia de un desequilibrio paralelo en cuanto a su respectivo poder de negociación¹²⁸, sobre todo si hay una previa

¹²⁴ Cfr. VON MEHREN, *op. cit.*, p. 64.

¹²⁵ Cfr. ATIYAH, *op. ult. cit.* pp. 333 y ss.; parecidamente, GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.*, p. 390.

¹²⁶ Cfr. ATIYAH, *op. ult. cit.* p. 346.

¹²⁷ Cfr. ATIYAH, *The Liberal Theory of Contract*, en «Essays...» *cit.* p. 148, y *Contract and Fair Exchange, cit.*, p. 353.

¹²⁸ ATIYAH (*Contract and Fair Exchange, cit.* p. 334) habla en este caso de una presunción de irregularidades en la fase de negociación; por su parte, L'HEUREUX (*Droit de la consommation, cit.*, p. 35) se refiere a la existencia de una presunción de abuso de superioridad, para tal supuesto.

situación de desigualdad típica, como ocurre en el caso de los consumidores. No falta, por otro lado, quien opta por prescindir casi por completo de la relevancia de la voluntad contractual en determinados casos, en orden (por ejemplo) a fundamentar la validez de las condiciones generales de los contratos ¹²⁹.

En esta misma línea, De Castro ha propuesto un reforzamiento de la eficacia de determinadas normas dispositivas, que ya no serían desplazables, sin más, por la simple voluntad de las partes (nueva manifestación del debilitamiento de la eficacia jurídica de la voluntad): «las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señala que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habrá de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato» ¹³⁰. Lo característico de este planteamiento es que admite el desplazamiento de las normas dispositivas, bien cuando tienen carácter secundario, bien cuando el pacto en contra está suficientemente justificado.

En esta misma línea, pero ya con alcance más general, cabría situar las siguientes palabras de Lacruz: «si bien fue afirmación corriente el pasado siglo la de la libertad de configurar el contenido del contrato sin más límites que los de la ley y la moral, es más raro que se afirme que el contenido de voluntad puesto por las partes constituye todo el contrato. Nunca ha sido así, y el contrato nunca ha sido eso. Al contrario, del principio de autonomía de la voluntad no se sigue que las estipulaciones contractuales hayan de valer exactamente conforme al querer de cada una de las partes, o que sólo valga lo que las partes expresamente quieren. ... ni la falta de voluntad del contratante o la voluntad diversa de lo que se deduce de sus palabras anulan siempre la declaración, de la que el declarante es *responsable*; ni todo el contenido de

¹²⁹ Cfr. las por otro lado discutibles afirmaciones de ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 100 y ss.

¹³⁰ DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones...* cit., p. 1061; su planteamiento ha tenido abundantes seguidores: cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *Comentarios LCU*, cit., sub art. 7, p. 128, y los allí citados.

derechos y deberes que nacen del contrato, y sobre todo de un contrato típico, es querido, ni aun imaginado, por las partes; las normas supletorias, derogables por ellas pero eficaces mientras no resulten expresamente eliminadas, configuran muchas veces todos los aspectos accesorios del contenido contractual. En su virtud, las partes se ven sometidas acaso a obligaciones que, de haber conocido, habrían rechazado»¹³¹.

En cuanto al Derecho positivo, el debilitamiento del papel que corresponde a la voluntad en el contrato se manifiesta en el establecimiento de diversas previsiones legales, que traducen la idea de ese carácter no absoluto o concluyente de la voluntad. Así, las que permiten revocar el consentimiento contractual en un plazo determinado (típicamente, art. 5 LCCFEM; también, art. 8 de la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles —LVP—); las dirigidas a integrar la regulación contractual con un contenido formalmente ajeno a la voluntad contractual, manifestada en el contrato —pero presumiblemente no a la voluntad del consumidor— (art. 8 LCU), o derivado de la naturaleza del producto o servicio pactado como prestación (nuevamente, art. 8 LCU)¹³². Sobre todo lo cual volveré *infra*.

Con este redimensionamiento del papel de la voluntad en el contrato del que vengo hablando se trata, en resumen, de lograr una correspondencia lo más aproximada posible entre el papel que desempeña *realmente* cada una de las dos voluntades que sustentan el contrato (la del consumidor y la del profesional) —voluntad real—, y su plasmación *jurídica* (es decir, el papel que jurídicamente es atribuido a cada una de ellas) —voluntad jurídica—. Se intenta corregir, de esta forma, la falta de correspondencia actualmente existente entre la realidad (una voluntad que pre-dispone el contrato, y otra que se adhiere al mismo, con unos márgenes muchas veces bien estrechos de libertad para contratar) y su contemplación jurídica (dos voluntades libres e iguales, que participan al 50 % en el nacimiento del contrato y la determinación de su contenido). Esa aproximación entre lo que he denominado la voluntad real y la jurídica se logra, por un lado, a través de mecanismos de reforzamiento cualitativo de la voluntad real (por ejemplo, a través de la concreción del derecho de los consumidores a la información); y por otro, mediante mecanismos dirigidos a debilitar el papel atribuido jurídicamente a la voluntad (vgr., establecimiento de plazos de reflexión o de desistimiento,

¹³¹ LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* II-2.º *cit.*, pp. 25 y s.

¹³² Sobre este último aspecto, *vid.* las interesantes consideraciones de CAVANILLAS MÚGICA, «Las prestaciones propias de cada producto o servicio» (art. 8.1 de la *ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*), Aranzadi Civil 1993-2, pp. 7 y ss.

o control de las condiciones generales de los contratos «aceptadas» por el consumidor).

19. Lo anterior no quiere decir, en mi intención, que el principio de autonomía de la voluntad no desempeñe papel alguno: no se trata de provocar un nuevo golpe de péndulo que unilateralice otra vez la contemplación de la justicia contractual, pero ahora en sentido inverso. Se trata únicamente de redimensionar tal principio, para que realice la función que le es propia: es decir, lo relativo a la libertad contractual.

El respeto a la autonomía de la voluntad de las personas tiene una dimensión ética y un fundamento constitucional innegables ¹³³, como traducción de los principios de libertad y dignidad de la persona en la esfera jurídico-patrimonial, e instrumento del principio de libre desarrollo de la personalidad. El problema se sitúa más bien en la crisis de una concepción de las relaciones jurídicas y económicas que ha sido determinante para atribuir a la autonomía de la voluntad el papel preponderante, casi exclusivo, que ha desempeñado en el contrato hasta fechas bien recientes ¹³⁴. Se trata, entonces, de saber, por un lado, qué limitaciones a la autonomía de la voluntad son legítimas por no concurrir los presupuestos de funcionamiento del contrato, de manera que quepa esperar una reglamentación no equitativa del contenido contractual ¹³⁵; pero también de reconducirla a su verdadero papel, en relación con las circunstancias socioeconómicas actuales, y con sus manifestaciones jurídicas. Hago mías, en este sentido, las siguientes palabras de De Castro: «de lo expuesto no se infiere, ni cabe deducir una devaluación del principio de autonomía de la voluntad; su valor sigue siendo indiscutible, como unido íntimamente al respeto debido de la libertad de la persona, y consecuentemente tampoco debería hablarse de una decadencia o muerte del contrato. Ni siquiera puede decirse con exactitud que se trate de una nueva concepción de la autonomía de la voluntad. El cambio que se advierte en la doctrina no es más que el resultado del relativo abandono de ciertos modernos prejuicios, del propio in-

¹³³ Cfr., entre nosotros, DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas...* cit., p. 1066; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos... I*, cit. pp. 126 y ss.; CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, cit. p. 98. Sobre estos aspectos de la autonomía de la voluntad se ha hecho especial énfasis en la doctrina alemana, precisamente por autores que se han ocupado de cuestiones similares a las aquí abordadas: cfr. ZÖLLNER, *Die politische Rolle des Privatrechts*, cit. p. 336; LIEB, *Grundfragen einer Schuldrechtsreform*, cit. pp. 361 y ss.

¹³⁴ Buena prueba de ello es que las limitaciones al principio de autonomía de la voluntad en relación con los contratos van unidas a las limitaciones relativas al Derecho de propiedad, que es el otro pilar de la concepción liberal-individualista de las relaciones jurídico-patrimoniales: cfr. DORAL, *Orientaciones actuales sobre el futuro del contrato*, cit. p. 97.

¹³⁵ Cfr. ZÖLLNER, *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, cit. p. 99.

dividualismo exaltado que inspiró al liberalismo del siglo XIX y del más reciente neoliberalismo que abanderó la nueva *lex mercatoria*. El vacío así producido ha permitido advertir que la autonomía de la voluntad tiene límites inmanentes, los que fueran considerados naturales e indiscutibles por el Derecho común»¹³⁶.

C. Conmutatividad, equilibrio de las prestaciones y justicia contractual sustantiva

20. La insuficiencia práctica y teórica del planteamiento tradicional (*i.e.*, liberal-individualista), que hace bascular la justicia contractual únicamente sobre la autonomía de la voluntad y los mecanismos dispuestos para protegerla, ha servido para redescubrir las exigencias de la llamada justicia contractual sustantiva: es decir, la necesidad de establecer mecanismos de control del contenido de los contratos, a fin de evitar los abusos que puedan derivar de la situación de inferioridad de uno de los contratantes (por lo que aquí interesa, el consumidor), y del déficit de libertad que ello comporta¹³⁷. Ello ha conducido a la doctrina a plantearse algunas cuestiones preteridas en la situación anterior (hubieran sido consideradas como atentados contra la libertad de contratación), relacionadas todas ellas, en uno u otro sentido, con la obtención de un mayor grado de justicia contractual objetiva: se ha hablado, por ejemplo, de la moralización de las relaciones contractuales —y económicas en general—¹³⁸; se ha enfatizado el papel que corresponde a la buena fe y la lealtad en el correcto desarrollo de dichas relaciones¹³⁹; de las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad¹⁴⁰; se ha replanteado, sobre estas

¹³⁶ DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones... cit.*, p. 1066.

¹³⁷ Porque del mismo modo que las previsiones legales destinadas a proteger la libertad del consentimiento repercuten beneficiosamente en la obtención de la justicia contractual sustantiva (aunque sean insuficientes para garantizarla absolutamente: me remito a todo lo expuesto), los mecanismos enderezados a conseguir esa justicia contractual sustantiva muchas veces actúan como remedio al déficit de voluntad del contratante más débil; es decir, como técnicas de protección indirecta del consentimiento contractual, en situaciones de desigualdad. Pero ambos aspectos no se solapan: como advierte VON MEHREN (*A General View of Contract, cit.* p. 64), un contrato puede ser perfectamente correcto desde el punto de vista de la formación de la voluntad y ser injusto como intercambio; e, inversamente, un intercambio justo puede proceder de un proceso de contratación incorrecto. De ahí que convenga realizar una aproximación diferenciada a ambos aspectos, sin descuidar, eso sí, las evidentes conexiones que existen entre ambos.

¹³⁸ Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos... I cit.*, pp. 48 y s.

¹³⁹ Cfr. GARCÍA CANTERO, *Integración del Derecho del consumo en el Derecho de Obligaciones, cit.* p. 49; Díez-PICAZO, *Fundamentos... I cit.*, pp. 48 y s.; GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.*, pp. 200 y ss.

¹⁴⁰ DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones... cit.*, *passim*.

bases, la cuestión del fundamento de la fuerza obligatoria, y de toda la teoría general del contrato ¹⁴¹; y, sobre todo, se ha redescubierto (y reformulado) el principio de conmutatividad de los intercambios, y de equilibrio de las contraprestaciones. Me detendré a continuación en este último aspecto, por ser el que más directamente afecta a la protección de los consumidores ¹⁴².

21. Puede servir de introducción a esta cuestión la pregunta que se hace Atiyah en su ensayo sobre la misma: ¿la idea de equidad en los intercambios es en sí misma teóricamente defendible? ¹⁴³. La respuesta liberal (o neoliberal, advierte el propio Atiyah) sería que no ¹⁴⁴. Sin embargo, en los últimos decenios se ha ido abriendo paso la idea de que, tratándose de contratos onerosos, destinados a operar un intercambio, rige la regla de la conmutatividad ¹⁴⁵; o, dicho con otras palabras que nos sitúan más directamente en el ámbito de la justicia, las relaciones contractuales de intercambio se encuentran gobernadas por la justicia conmutativa, de la que la justicia contractual no sería sino una aplicación ¹⁴⁶. Lo cual quiere decir, en esta consideración, que esa regla, ese estándar de justicia, es inherente al mismo concepto de contrato de intercambio ¹⁴⁷.

La conmutatividad en las relaciones de intercambio se manifiesta, al decir de Díez-Picazo, en dos reglas: la primera, de índole más genérica ¹⁴⁸ («ningún desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro, ningún enriquecimiento y ninguna atribución patrimonial puede producirse de una manera válida y eficaz sin que concurra para ello una razón o una causa que el ordenamiento jurídico considere como suficiente para justificarlo o para servirle de fundamento» ¹⁴⁹) desemboca en la proscripción del enriquecimiento sin causa. La segunda se plasma en el principio de equivalencia de las prestaciones, conforme al cual «en el cambio de bienes y de servicios debe guardarse el mayor equilibrio posible

¹⁴¹ Cfr. las sugerentes ideas de GHESTIN, *op. cit.* pp. 178 y ss., para quien «la búsqueda por el Derecho objetivo de lo útil y lo justo justifica la fuerza obligatoria del contrato, y fija sus condiciones y límites, es decir, el régimen del contrato en su conjunto» (p. 180)

¹⁴² Con la advertencia, ya apuntada, de que muchas veces, en las propuestas recogidas en el texto, se está hablando de una misma realidad genérica, considerada desde diversas perspectivas, todas ellas dirigidas a un objetivo muy similar: la consecución de lo que aquí vengo denominando la justicia contractual sustantiva.

¹⁴³ Cfr. ATIYAH, *Contract and Fair Exchange*, *cit.* p. 347.

¹⁴⁴ Cfr. ATIYAH, *op. et loc. últ. cit.*

¹⁴⁵ Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos...* I *cit.*, pp. 46 y s.

¹⁴⁶ Cfr. GHESTIN, *Traité de Droit civil*, *cit.* pp. 194 y s.

¹⁴⁷ Cfr. VON MEHREN, *A General View of Contract*, *cit.* p. 64.

¹⁴⁸ En efecto, se aplica también a las atribuciones patrimoniales con causa gratuita, que no operan intercambio alguno, pero no carecen de causa suficiente que las justifique.

¹⁴⁹ Díez-PICAZO, *Fundamentos...* I *cit.*, p. 47.

entre los bienes y los servicios que son objeto de trueque»¹⁵⁰; o, en palabras de Ghestin, «en el intercambio cada una de las partes debe recibir el equivalente de lo que ella entrega»¹⁵¹.

En la teoría liberal, la equivalencia de las prestaciones no tiene carácter objetivo, sino subjetivo: las prestaciones efectivamente acordadas son por hipótesis equivalentes, puesto que cada una de las partes así lo ha estimado al consentir sobre su prestación y sobre la contraprestación que va a recibir a cambio; el valor que tiene las respectivas prestaciones es, por tanto, el que les es asignado por cada uno de los contratantes, que es el mismo que refleja el contrato: no existen otros criterios (objetivos) conforme a los que determinar el valor de las prestaciones. El único problema derivaría, entonces, de una incorrecta formación de la voluntad, frente a lo cual se reacciona por la vía conocida de los vicios (típicos) del consentimiento.

Ya hemos visto *supra* como este planteamiento resulta insuficiente. Pero sigue teniendo alguna virtualidad práctica, que Ghestin expresa de la siguiente forma (incluyendo, también, los límites de dicha virtualidad): «los principios de justicia y de buena fe deben ser conciliados con la libertad y la responsabilidad individuales. Por ello, hay que *presumir que el contrato, concluido por individuos libres y responsables, es de hecho conforme a la justicia*. Pero no se trata más que de una *simple presunción*. La constatación de un desequilibrio excesivo entre las prestaciones, o la prueba de que una de las partes no ha estado en situación de apreciar o de defender normalmente sus intereses justifica la intervención de los poderes públicos»¹⁵² (las cursivas son del autor). Y precisamente los consumidores se encuentran en una situación de inferioridad que permite presumir, en caso de falta de equilibrio entre las prestaciones, que ha existido abuso de superioridad —incluso inconsciente, o no intencionado— en su contraparte profesional¹⁵³.

Más allá de este aspecto, en el que la voluntad desempeña todavía un papel relevante, la equivalencia de las prestaciones cobra progresivamente un carácter más objetivo. La determinación concreta de la equivalencia entre las prestaciones puede revestir dificultades, pero no faltan parámetros para obtenerla¹⁵⁴.

¹⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, *op. et loc. últ. cit.*

¹⁵¹ GHESTIN, *op. cit.* p. 19.

¹⁵² GHESTIN, *op. cit.* p. 205.

¹⁵³ Cfr. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, cit. p. 35.; parecidamente, ATIYAH, *Contract and Fair Exchange*, cit. p. 334.

¹⁵⁴ Cfr. VON MEHREN, *A General View of Contract*, cit. p. 65; *vid.*, también, las sugerencias de ATIYAH, *op. últ. cit.* pp. 348 y ss. Por lo demás, la cuestión se plantea (y resuelve razonablemente) en los ordenamientos que disponen del mecanismo de la rescisión por lesión, a efectos de la misma.

El instrumento empleado tradicionalmente para resolver los problemas relacionados con la falta de equivalencia de las prestaciones es la rescisión por lesión. Nuestro Cc no cuenta con él porque, como explica Díez-Picazo, «en un sistema de economía liberal se considera que no existe un precio que sea objetivamente justo, porque los precios los determina la dinámica del mercado. Por esta razón, nuestro Código civil ha desterrado el antiguo mecanismo de la rescisión por lesión como vía por la cual el perjudicado por un desequilibrio en la equivalencia de las prestaciones podría reaccionar (art. 1.293 Cc). La tradición liberal impuso el principio *pacta sunt servanda* y el cumplimiento de los contratos de acuerdo con su tenor literal»¹⁵⁵. De la ausencia de dicho mecanismo cabe deducir que en el Derecho del Cc no rige el principio de equivalencia de las prestaciones, con carácter general¹⁵⁶ (a diferencia de lo que ocurre en los Derechos catalán y navarro, como es sabido). Sin embargo, datos normativos, empezando por el principio constitucional de protección de los consumidores (del que cabe derivar el principio técnico de equivalencia de las prestaciones, tratándose de contratos de consumo), y siguiendo por algunas de las disposiciones que lo desarrollan, permiten poner en duda que las cosas sigan siendo así, al menos en la sede de defensa de los consumidores¹⁵⁷; baste citar aquí el art. 10.1.c) LCU, conforme al cual entre los requisitos a que deben atenerse las condiciones generales de los contratos se encuentra la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones, cuya consecución es presentada así como un objetivo de política jurídica.

Con todo, nuestro ordenamiento sigue sin disponer de un mecanismo de alcance general dirigido a remediar la falta de equivalencia de las prestaciones, como lo fue en su momento la rescisión por lesión. En Francia, Ghestin ha sugerido la oportunidad de *lege ferenda* de establecer dicho mecanismo (como rescisión o revisión) con carácter general, con vistas a proteger a ciertas categorías de personas en situación de inferioridad, entre las que menciona específicamente a los consumidores¹⁵⁸. La propuesta merece ser considerada, siempre con la advertencia de que sería preciso adaptar el mecanismo jurídico a las nuevas circunstancias: por ejemplo, en cuanto al monto de la lesión (el perjuicio en más de la mitad puede ser excesivo, en esta perspectiva)¹⁵⁹; en cuanto

¹⁵⁵ Díez-PICAZO, *Fundamentos...* I cit., p. 47.

¹⁵⁶ Por más que pudieran encontrarse algunos vestigios del mismo, por ejemplo, en el art. 1.289; cfr. Díez-PICAZO, *op. et loc. últ. cit.*

¹⁵⁷ Y también en alguna otra: cfr. art. 115 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

¹⁵⁸ Cfr. GHESTIN, *Traité de Droit civil*, cit. pp. 654 y ss.

¹⁵⁹ Puede indicar el camino, quizás, el mencionado art. 115 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que permite la revisión del contrato cuando haya «lesión superior al 15 % de lo que debe corresponder a cada parte con arreglo a sus respectivas aportaciones».

a sus consecuencias (me parece preferible la revisión del contrato, que su rescisión, tanto para el consumidor como para el profesional —pero sobre todo para aquél—) y también en cuanto a los procedimientos (rápidos, baratos y eficaces) para llevarlo a efecto. Por lo demás, parece razonable actuar, también aquí, prudentemente, tomando en consideración otros principios en juego; es el propio Ghestin quien advierte que «es preciso igualmente tener en cuenta las necesidades de la seguridad jurídica. Siendo el contrato «ante todo un acto de previsión... perdería su razón de ser si la incertidumbre debiera planear sin cesar sobre su realización y si el juez pudiera, en nombre de la utilidad general o de la justicia, transformar arbitrariamente sus cláusulas» [Gounot]. El deseo de hacer respetar la justicia y la buena fe no debe suponer una traba a los intercambios que son indispensables en las relaciones sociales. Es preciso encontrar el equilibrio entre lo útil y lo justo»¹⁶⁰. La adopción de medidas en tal sentido (por ejemplo, señalamiento de un plazo relativamente breve de ejercicio de la acción en revisión o rescisión) puede ser también altamente aconsejable.

22. Hasta ahora nos hemos detenido en el aspecto más clásico y discutido de la justicia contractual sustantiva, que es el referido a la equivalencia objetiva de las prestaciones que constituyen objeto (principal) del contrato. Pero hay otro, que es precisamente el contemplado expresamente por el art. 10 LCU, y por otras reglas legales dirigidas a la protección del consumidor (vgr., arts. 8, 11 ó 12 LCU), que merece también nuestra atención. Me refiero al desequilibrio en las respectivas posiciones jurídicas de las partes, tal y como resultan del contrato acordado; es decir, a la desigualdad en los derechos y obligaciones que incumben a cada una de ellas como consecuencia del contrato. No es difícil pensar en un contrato cuyas prestaciones sean objetivamente equivalentes, pero que merezca la consideración de contrario a la justicia contractual como consecuencia de su contenido, y de la posición jurídica en que deja al consumidor: por ejemplo, en lo relativo a condiciones de pago y consecuencias del impago por el consumidor (cláusulas penales, pactos comisorios u otro tipo de penalizaciones), condiciones de cumplimiento de la prestación debida por el profesional, requisitos y consecuencias de la reclamación, garantías, responsabilidad (o irresponsabilidad) del profesional, etc. La justicia contractual exige equivalencia en las prestaciones, e igualdad en las respectivas posiciones jurídicas; es decir, proporcionalidad en los derechos y obligaciones que incumben a cada una de las partes. Lo recuerda, expresamente, el

¹⁶⁰ GHESTIN, *op. ult. cit.* p. 205; vid., también, las advertencias de ZÖLLNER, *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, cit. p. 98.

art. 10.1.c) 3 LCU, que considera contrarias a la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, con carácter general, «las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio de los consumidores y usuarios»¹⁶¹. A evitar esta situación de inferioridad contractual del consumidor (reflejo, recordémoslo otra vez, de su inferioridad económica, social y jurídica) se dirigen buena parte de los mecanismos establecidos en Derecho privado para proporcionar protección a los consumidores en sus relaciones contractuales.

Sobre parecidas bases, se han producido propuestas en favor de la inclusión de una suerte de fórmula general que declare la nulidad de los pactos abusivos o leoninos¹⁶²; o, incluso, de una norma general de honestidad con respecto a los consumidores¹⁶³, cuyo tenor literal («está prohibido todo acto por el cual un profesional perjudique o pueda perjudicar los intereses de uno o varios consumidores») parece excesivamente ambiguo y difuso, con los consiguientes riesgos para la seguridad jurídica (y para la propia eficacia de la norma, que bien podría acabar constituyendo un buen ejemplo de sobreprotección formal, sin eficacia práctica alguna).

5. INCIDENCIA DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES EN ASPECTOS CONCRETOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

A. Planteamiento

23. El principio constitucional de protección a los consumidores ha sido desarrollado en nuestro ordenamiento por diversas normas, de rango, procedencia y naturaleza bien distintos, a las que hay que sumar las de origen comunitario que

¹⁶¹ Por su parte, el mismo art. 10 LCU, en su número 4, párr. 2.º, tras establecer la nulidad parcial de las cláusulas abusivas, dispone (esta vez, más bien, en defensa de los intereses del profesional: cfr., al respecto, las agudas observaciones de CLAVERRÍA GOSÁLBEZ, en *Comentarios LCU*, cit., sub art. 10.4, pp. 342 y ss.): «no obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo». Luego, la situación no equitativa de las posiciones de las partes en un contrato desemboca en la ineficacia del contrato mismo —claro está, en este caso...—.

¹⁶² Cfr. DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas...* cit., p. 1084.

¹⁶³ Cfr. BOURGOIGNIE, *Deslealtad y control abstracto de los abusos en las relaciones comerciante-consumidor*, EC 24 (1992), p. 30.

tienen esa misma finalidad tuitiva ¹⁶⁴. Algunas de estas normas inciden directamente o indirectamente en el Derecho civil, afectando con mayor o menor intensidad, según los casos, a diferentes aspectos de la teoría general del contrato ¹⁶⁵. Casas Vallés enumera los siguientes: «la juridificación de la fase preliminar, con la imposición a la empresa de extensos deberes de información; el creciente formalismo; la imposición legal de obligaciones; la integración de la publicidad en el contrato; la objetivación de la responsabilidad contractual; un cierto control de las condiciones generales; la exigencia de equilibrio en la relación; la admisión —como regla general— de la nulidad parcial; y, por último, la posibilidad, en ciertos casos, del desistimiento unilateral del consumidor» ¹⁶⁶.

La normativa a que he hecho referencia tiene como una de sus características más acusadas la complejidad ¹⁶⁷, derivada, como he apuntado, de sus distintas procedencias (comunitaria, estatal, autonómica), de su diferente naturaleza (administrativa, civil, mercantil), de sus diversos rangos (legal, reglamentario) y, por fin de las peculiaridades de su eficacia en algún caso. Así: 1) las reglas de procedencia comunitaria que más directamente inciden en el Derecho privado se encuentran recogidas en Directivas ¹⁶⁸, caracterizadas por carecer de efecto directo horizontal (es decir, por no producir efectos directos entre los particulares) ¹⁶⁹: es preciso, pues, que sean traspuestas al Ordenamiento interno para que sean directamente aplicables: en adelante no me referiré específicamente a ellas, salvo excepcionalmente ¹⁷⁰; 2) existe también una reglamentación de carácter administrativo, y en ocasiones rango reglamentario, pero con incidencia sobre cuestiones de Derecho privado: es preciso, en tales casos (pero tampoco es éste el lugar adecuado para hacerlo), determinar cuál es la eficacia civil, directa o indirecta, de dichas normas ¹⁷¹; 3) por último, coexisten una normativa estatal y otra autonómica, con los inevitables problemas de reparto (*i.e.*, solapamiento y consiguiente conflicto) de com-

¹⁶⁴ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, cit. pp. 1 y ss.

¹⁶⁵ Cfr. GARCÍA CANTERO, *Integración del Derecho del consumo...* cit. p. 49; CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, cit., p. 99.

¹⁶⁶ CASAS VALLÉS, *op. cit.*, pp. 99 y ss.

¹⁶⁷ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *Comentarios LCU*, cit., sub art. 7, pp. 131 y ss.

¹⁶⁸ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, cit. pp. 56 y ss.

¹⁶⁹ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. ult. cit.* pp. 59 y ss.

¹⁷⁰ A menos que hayan sido ya implementadas (son las menos), pero entonces el centro de atención debe ser la norma implementadora.

¹⁷¹ *Ad rem* pueden verse las observaciones de CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, cit. pp. 116 y ss.; y CAVANILLAS MÚGICA, *Las prestaciones propias de cada producto o servicio...* cit., pp. 9 y 16 y ss.

petencias ¹⁷², que han provocado reiteradas intervenciones del tribunal Constitucional ¹⁷³; por razones evidentes de espacio (y de finalidad de esta ponencia), me limitaré fundamentalmente al Derecho estatal ¹⁷⁴.

En la exposición que sigue me centraré en los aspectos de la misma que pueden tener relevancia respecto a la teoría general del contrato, estructurándola de acuerdo con las principales fases de su desarrollo. En todo caso, debo desde ahora advertir que se trata simplemente de apuntar cuáles pueden ser esas eventuales repercusiones: muchos de los aspectos que voy a mencionar han merecido o merecerían un tratamiento monográfico extenso, y en algún caso (piénsese, por ejemplo, en lo relativo a las condiciones generales de la contratación) existe una bibliografía española y comparada excepcionalmente extensa, y de calidad más que apreciable. No se trata —insisto— de exponer el régimen jurídico completo de cada una de las cuestiones a las que voy a aludir, sino de poner de relieve cómo afectan a la construcción de la teoría general del contrato: el empeño es, por un lado, mucho más modesto, pero por otro, de considerable alcance y proyección ¹⁷⁵.

24. Además, la regulación de ciertos contratos en particular se ha visto afectada también por dicha normativa de protección de los consumidores, aunque no va a ser objeto de nuestra atención. García Cantero menciona, con referencia únicamente a la LCU, los siguientes casos: «prohibición general de la venta a domicilio de bebidas y alimentos (art. 5.2.d); venta por correo, a domicilio (en los casos permitidos) y por muestrario

¹⁷² Lo cual ha motivado una más que notable inseguridad en lo relativo a la aplicación de las leyes autonómicas, frente a las que en muchos casos han sido interpuestos recursos de inconstitucionalidad, varios de los cuales sólo en fechas muy recientes se han resuelto. A alguno de estos aspectos haré referencia más adelante.

¹⁷³ Así, destacan las STC 71/1982, de 30 de noviembre, sobre el Estatuto del Consumidor del País Vasco; 88/1986, de 1 de julio, sobre la Ley catalana de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales; 15/1989, de 26 de enero, sobre la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios; 62/1991, de 22 de marzo, sobre el Estatuto gallego del consumidor y usuario, y el Decreto 31/1985, de creación de la Comisión Consultiva de Consumo; 225/1993, de 8 de julio, sobre la Ley valenciana de ordenación del comercio y superficies comerciales; 228/1993, de 9 de julio, sobre la Ley gallega de ordenación del comercio interior; y 264/1993, de 22 de julio, sobre la Ley aragonesa de ordenación de la actividad comercial.

¹⁷⁴ Respecto al autonómico, desde el punto de vista que aquí interesa, *vid.* EGEA FERNÁNDEZ y MIRALLES GONZÁLEZ, *La protecció del consumidor i de l'usuari en la contractació civil catalana*, RJC 1992-1, pp. 23 y ss.

¹⁷⁵ La labor de integración sistemática del principio y la normativa de protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones y Contratos está apenas comenzando. Entre nosotros, han sido precursores GARCÍA CANTERO, en la actualización del *Derecho civil español, común y foral* del maestro CASTÁN TOBEÑAS, t. III (16.ª ed., Madrid, Reus, 1992); y DIEZ-PICAZO, *Fundamentos... I*, *cit.* Fuera de nuestras fronteras, es modélico el tratamiento realizado por GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.*

(art. 10.1.c.2); primera venta de viviendas (art. 10.1.c.11.º); contratos de crédito (art. 10.1.c.4.º); construcción de viviendas y locales de uso público (art. 5.2.j); contratos sobre bienes de naturaleza duradera (art. 11); con carácter general los contratos por los que se adquieren, utilizan, disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden (art. 1.2); los contratos otorgados por las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos en régimen de monopolio»¹⁷⁶. Capítulo especial merece, en este repaso absolutamente nada exhaustivo, la regulación, fundamentalmente administrativa, de algunos tipos de ventas especiales, tanto en la legislación estatal (RD 1010/1985, de 5 de junio, sobre modalidades de venta fuera de establecimiento comercial permanente), como autonómica (contenida en las diferentes leyes de ordenación de la actividad comercial aprobadas hasta la fecha por diferentes Comunidades Autónomas¹⁷⁷: es el caso, por ejemplo, de las ventas a distancia, a domicilio, a pérdida, ambulantes, automáticas, con descuento, con prima, de saldo, en liquidación, en rebaja, no sedentarias o promocionales¹⁷⁸). También se encuentran regulados algunos contratos de prestación de servicios, como los relativos a reparación de automóviles (R.D. 1457/1986, de 18 de enero), aparatos de uso doméstico (R.D. 58/1988, de 29 de enero) o los servicios de limpieza, conservación y teñido de productos textiles, cueros, pieles y sintéticos (R.D. 1453/1987, de 27 de noviembre). En nada de ello podremos entrar a continuación. Baste, pues, su mención aquí.

B. Fase precontractual: la formación del contrato

24. El *iter* formativo del contrato, conforme a su esquema más clásico (oferta y aceptación, previa, en su caso, negociación)

¹⁷⁶ GARCÍA CANTERO, *op. últ. cit.*, pp. 555 y s.

¹⁷⁷ Concretamente, Andalucía (Ley 9/1988, de 25 de noviembre, del comercio ambulante), Aragón (Ley 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial), Cataluña (Ley 23/1991, de 29 de noviembre, de comercio interior), Galicia (Ley 10/1988, de 20 de julio, de ordenación del comercio interior), País Vasco (Ley 9/1983, de 19 de mayo, de ordenación de la actividad comercial —con sus modificaciones ulteriores— y Decreto 130/1986, de 3 de junio, sobre la venta con rebajas), y Valencia (Ley 8/1986, de 29 de diciembre, de ordenación del comercio y superficies comerciales y Decreto 50/1988, de 12 de abril, sobre venta domiciliaria).

¹⁷⁸ Para la regulación concreta de esas ventas en la legislación estatal y autonómica, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE y PARRA LUCÁN, *Legislación básica de consumo*, *cit.* pp. 870 y s.

se ha visto afectado, como consecuencia de la masificación del tráfico patrimonial y del predominio de la ley de la oferta a que más arriba me he referido, por la irrupción de la publicidad comercial que, al decir de Font Galán, «ha sustituido a los *tratos previos* de los que se ocupa el Derecho civil clásico, y ha alterado profundamente el proceso de formación del contrato»¹⁷⁹. La publicidad, en efecto, tiene dos funciones básicas: la de informar a los consumidores, permitiendo así encontrar un modelo de comunicación entre éstos y los profesionales que sustituya, en el nuevo panorama determinado por la masificación del tráfico, al hasta entonces vigente, basado en el contacto directo y personalizado entre ambos¹⁸⁰; y otra de carácter suasorio «encaminada a ejercer una resuelta influencia psicológica sobre los destinatarios de sus mensajes con la intención de determinarles a elegir económicamente en un sentido conveniente a las expectativas de ganancia de empresarios y profesionales, pero derechamente contrario en muchas ocasiones a los auténticos intereses del agente-consumidor» (López Sánchez)¹⁸¹. La publicidad tiene, además, dos dimensiones diferentes, ambas con trascendencia en lo que se refiere a la protección de los consumidores: la concurrencial y la negocial¹⁸²; de la primera se ocupa, fundamentalmente, la Ley General de Publicidad —aunque no faltan alusiones en la LCU: así, en su art. 8.—; la segunda es la que aquí nos interesa: como escribe, de nuevo, López Sánchez, «si el mensaje publicitario va dirigido a influir en la decisión económica del consumidor, y ésta encuentra su formalización jurídica a través de la celebración del correspondiente contrato, es necesario comenzar por reconocer eventuales efectos negociales al acto de publicidad»¹⁸³. Es habitual reconducir la eficacia de la publicidad comercial al concepto de *invitatio ad offerendum*¹⁸⁴, por lo que su relevancia en el *iter* formativo del contrato sería muy limitada (sin perjuicio de que, en ocasiones, pudiera entenderse que estamos ante una verdadera oferta¹⁸⁵), y más todavía respecto al contenido del contrato. Y es que la consideración de la publicidad como oferta desde el punto de vista de la protección de los consumidores, sin embargo, tiene

¹⁷⁹ FONT GALÁN, *La protección de los consumidores en el Derecho privado...* cit. p. 31.

¹⁸⁰ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor*, cit. pp. 57 y s.

¹⁸¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. ult. cit.* p. 58.

¹⁸² Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. ult. cit.* pp. 59 y ss.

¹⁸³ LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. ult. cit.* p. 70; similarmente, TORRES LANA, *Derecho civil y protección de los consumidores*, cit. pp. 14 y ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos...* I cit., p. 303; PASQUAU LIAÑO, *Comentarios LCU*, cit., sub art. 8.1, pp. 155 y ss.

¹⁸⁴ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. et loc. ult. cit.*; Díez-PICAZO, *op. et loc. ult. cit.*; PASQUAU LIAÑO, *op. et loc. cit.*

¹⁸⁵ Lo señala expresamente Díez-PICAZO, *op. et loc. ult. cit.*

relevancia no sólo a efectos de formación del contrato¹⁸⁶, sino también a los de determinación de su contenido: de lo que se trata fundamentalmente, en este segundo aspecto, es de saber si el anunciante queda vinculado por el contenido del anuncio cuando contrata con el consumidor, aunque en el contrato se silencien los aspectos anunciados. Cuestión que aparece decidida ahora, positivamente, por el art. 8.1 LCU, cuando dispone que el contenido de la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios *serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido*.

La cuestión de la oferta de contrato es abordada también en la LCCFEM (veáanse los arts. 1.2, 2.2, 3.1, ó 4); pero en este caso la oferta considerada es la del consumidor, a fin de proporcionar a la posición jurídica del mismo, cuando merece el calificativo jurídico de oferta (por ejemplo, si el comerciante le hace firmar un documento que es calificado expresamente como *oferta contractual* del consumidor), los mismos medios de protección que se conceden al contrato: así, por ejemplo, el derecho de revocación (que lo es de la declaración de voluntad del consumidor, merezca ésta el calificativo de oferta o de aceptación: art. 5.1) se concede tanto respecto al contrato aceptado por el consumidor, como respecto a la oferta realizada por el mismo. Lo cual puede tener repercusiones en la configuración teórica de la oferta (por ejemplo: si se concede aquí la revocación, ¿es porque hay que entender que en otro caso la oferta sería irrevocable?).

25. En relación con el proceso de formación del contrato, se ha hablado de una «temporización» del mismo¹⁸⁷. La expresión se refiere fundamentalmente a la concesión de un plazo de refle-

¹⁸⁶ Muchas veces es difícilmente sostenible que baste con el mero consentimiento del consumidor para dar nacimiento al contrato, por faltar en el anuncio publicitario los elementos esenciales del contrato ofrecido. Si están presentes, tampoco habría graves problemas en entender que se trata de una oferta en sentido estricto. Conviene, por tanto, atender a las circunstancias concretas del caso, como aconsejan Díez-PICAZO, *op. et loc. ult. cit.*; y GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir., ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), t. XVIII, vol. 1-B (Madrid, Ederesa, 1993), *sub art.* 1.262. A cuya resolución prudencial no deberá ser ajeno, en mi opinión, el principio de protección a los consumidores, a partir de la valoración de las razonables expectativas suscitadas por el anuncio en el consumidor, y de la mejor protección de los intereses de éste: por ejemplo, tratándose de los anuncios de venta al público de determinados bienes por precio también determinado, parece lógico considerar al comerciante vinculado por su publicidad, de manera que no podrá negarse a vender ese bien al precio anunciado (menos si ha incluido en el anuncio algunas salvedades, como es, por otra parte, habitual); otra cosa sería la consagración de una publicidad engañosa, mediante la que se logra atraer unos potenciales clientes con el señuelo de esa publicidad, que luego el comerciante se encarga de matizar al recibir la «oferta» del consumidor.

¹⁸⁷ MALAURIE-AYNES, *Droit civil, cit.* p. 238; GARCÍA CANTERO, *Integración del Derecho del consumo... cit.* p. 50.

xión a partir de la oferta, durante el que no cabe la aceptación; o uno de revocación¹⁸⁸, desde la fecha de celebración del contrato, durante el que el consumidor puede revocar su consentimiento *ad nutum*: nuestra legislación de protección de los consumidores ha optado claramente por este último (cfr. arts. 10.1.c.2 LCU y 5 LCCFEM). Este derecho de revocación supone, al decir de García Cantero, una importante derogación al principio de la fuerza obligatoria del contrato¹⁸⁹, dirigida a permitir que el consumidor realice una decisión más reflexiva, principalmente en relación con determinados métodos comerciales especialmente agresivos¹⁹⁰. El derecho de revocación se sitúa así dentro de esa línea de debilitamiento (*rectius*, redimensionamiento) del exagerado papel que la teoría liberal-individualista atribuía a la voluntad en el contrato, hasta hacer de ella un elemento de naturaleza casi mística¹⁹¹; pero actúa también como un mecanismo de reafirmación de la importancia de la voluntad correctamente formada (libre y reflexiva), puesto que se dirige precisamente a permitir al consumidor bien que reflexione sobre la conveniencia o no de vincularse definitivamente a ese contrato, bien que se aconseje sobre el mismo¹⁹². Por lo demás, el derecho de revocación no supone una novedad absoluta en nuestro Ordenamiento: algo parecido (pero de eficacia mucho menor, por requerir pacto expreso, y por los requisitos fijados para su ejercicio)¹⁹³ dispone el art. 8 de la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles; y las arras penitenciales —necesitadas también de pacto expreso, y gravosas para quien decide hacer uso de la facultad que le conceden— constituyen también un mecanismo de desistimiento, en la forma conocida. Lo novedoso aquí es su carácter imperativo, y el principio, contemplado en el art. 6.2 de la Ley citada, de que *el ejercicio del derecho de revocación no implicará gasto alguno para el consumidor*.

26. De acuerdo con la teoría tradicional, corresponde a cada uno de los contratantes adquirir la información precisa sobre las prestaciones objeto del contrato y el alcance tanto de su compromiso como del de su contraparte (*caveat emptor, emptor debet esse curiosus*)¹⁹⁴. Los eventuales problemas se resuelven —fundamentalmente— bien por la vía de los vicios del consentimiento,

¹⁸⁸ Empleo intencionadamente el mismo término que nuestra Ley de Contratos celebrados Fuera de los Establecimientos Comerciales, sin prejuzgar la naturaleza y configuración teórica de dicho derecho.

¹⁸⁹ Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. et loc. últ. cit.*

¹⁹⁰ Sobre lo cual, *vid.* BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles... cit.*, especialmente pp. 28 y ss., y 71 y ss.

¹⁹¹ Cfr. GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.* p. 147.

¹⁹² Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. et loc. últ. cit.*

¹⁹³ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las ventas a plazos de bienes muebles* (Madrid, Tecnos, 1988), pp. 76 y ss.

¹⁹⁴ Cfr. MALAURIE-AYNES, *Droit civil, cit.*, p. 345.

que pone el acento en los aspectos psicológicos del consentimiento¹⁹⁵, bien por la de los vicios ocultos (para un supuesto concreto).

Este principio, y estos mecanismos jurídicos se revelan insuficientes cuando existe, como ocurre actualmente en relación con los consumidores, una situación de déficit de información a cargo del consumidor, que puede afectar notablemente a la calidad de su consentimiento contractual¹⁹⁶; déficit cuya superación tiene costes excesivos para el consumidor, pero que podría ser fácilmente suplido mediante la información facilitada por el profesional. En esta perspectiva, como advierten Malaurie y Aynes, «la teoría de los vicios del consentimiento se ha revelado de un rendimiento social mediocre»: basta comprobar el escasísimo número de contratos anulados por tal causa, de entre los cientos de millones concluidos anualmente; ello se debe tanto a la necesidad de iniciar un procedimiento judicial a tal fin, como a los requisitos sustantivos y procesales (carga de la prueba) que caracterizan este mecanismo¹⁹⁷; por su parte, el recurso a los vicios ocultos resulta también insatisfactorio, por parecidas razones¹⁹⁸. De ahí que se haya invertido la regla tradicional, imponiendo a los profesionales un genérico deber de información respecto al consumidor, que supla el déficit informativo del que he hablado, y garantice así que se trata de un consentimiento suficientemente ilustrado, apto para fundamentar una decisión razonable¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Cfr. GHESTIN, *op. cit.* p. 502.

¹⁹⁶ Cfr. GHESTIN, *op. cit.*, pp. 536 y s.

¹⁹⁷ MALAURIE-AYNES, *op. cit.* p. 237; GARCÍA CANTERO, en CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, III, *cit.* pp. 628 y ss. Sobre los problemas derivados de los requisitos sustantivos para apreciar la concurrencia de vicios del consentimiento, cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las condiciones de la protección eficaz de los consumidores...* *cit.* pp. 101 y s.; y FONT GALÁN, *La protección de los consumidores en el Derecho Privado...* *cit.* pp. 31 y s.

¹⁹⁸ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. últ. cit.*, pp. 102 y ss.; FONT GALÁN, *op. últ. cit.*, pp. 32 y s.

¹⁹⁹ Sobre ese deber de información, *vid.* ampliamente GHESTIN, *op. cit.* pp. 502 y ss.; también, MALAURIE-AYNES, *op. cit.*, pp. 238 y 345 y ss. Entre nosotros, *vid.* PÉREZ GARCÍA, *La información en la contratación privada* (Madrid, Instituto Nacional del Consumo, 1990); GARCÍA CANTERO, en CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, III, *cit.* pp. 628 y ss.; y, respecto al Derecho catalán, EGEA FERNÁNDEZ, en *La protección del consumidor...* *cit.*, pp. 24 y ss.

Desde otro punto de vista, se ha puesto en duda el fundamento y necesidad de la imposición de un tal deber de información a los profesionales, a partir de la consideración de dicho deber desde el punto de vista del análisis coste-beneficios: RUDDEN, *Le juste et l'inefficace; pour un non-devoir de renseignements*, «RTDC», 1985, pp. 91 y ss. De acuerdo con ello, y a partir de la consideración de la información a la vez como elemento esencial de cualquier elección razonable, y como un bien costoso (p. 95), se concluye que la imposición de ese deber de información puede hacer preferible la ignorancia al particular que no puede obtener provecho de su información profesional, y puede tener así un efecto disuasorio en relación con las inversiones destinadas a obtener información —es decir, en investigación, etc.— (pp. 92 y s.). Probablemente a partir de estas o parecidas consideraciones, se ha matizado el con-

Indican Malaurie y Aynes que caben tres sistemas de información: 1) la derivada de la publicidad comercial: ya me he referido *supra* a la función informativa de la publicidad; 2) la que versa sobre el producto, y se manifiesta normalmente en la imposición al fabricante del deber de proporcionarla a través de diferentes medios: etiquetado, menciones informativas, entrega de documentación, etc.; 3) y, por último, la información personalizada, puesta a cargo de un profesional o un intermediario²⁰⁰. Se puede distinguir, por lo demás, una información precontractual, relativa al contrato todavía no celebrado, y a las prestaciones que van a ser objeto del mismo; y otra contractual, relativa a los derechos y obligaciones asumidos por cada una de las partes en el contrato (y que se manifiesta habitualmente por medio del formalismo informativo, a que luego me referiré)²⁰¹.

La legislación española contempla ahora el deber de información, en normas de rango y alcance bien distinto. Debe ser destacado, como más general, el art. 13 LCU (que desarrolla el derecho a la información consagrado por el art. 51 de la Constitución, y recogido en el art. 2.1.d LCU), en el que se contempla detalladamente la información que deben *incorporar, llevar consigo o permitir* los bienes, productos o servicios. A su vez, otros preceptos relativos a contratos en particular, o a determinadas modalidades contractuales, contemplan también específicos deberes de información: así ocurre, por ejemplo (tratándose en ambos casos del que he denominado formalismo informativo), en la LVP (arts. 5 y 6), Ley del Contrato de Seguro —LCS— (art. 5, en relación con el 8) o en la LCCFEM (art. 3); o, descendiendo ya a normas de carácter reglamentario, en materia de reparación de automóviles (art. 12 RD 1457/1986, de 18 de enero) o de aparatos de uso doméstico (arts. 8 y ss. RD 58/1988, de 29 de enero); de tintorerías (arts. 4 y 5 RD 1453/1987, de 27 de noviembre); o de venta o alquiler de viviendas (RD 515/1989, de 21 de abril). Tiene también finalidad informativa la exigencia de forma escrita no del contrato, sino de determinadas operaciones relacionadas directamente con el mismo (típicamente, presupuestos y facturas: veáanse, por ejemplo, los arts. 14 y 15 RD 1457/1986, 3 y 5 RD 58/1988, y 6 RD 1453/1987).

De las normas antes citadas, y aun de otras de carácter autonómico o comunitario, cabe inducir la existencia de un deber de

tenido y alcance de ese deber de información, señalándose la necesidad de remunerar el coste de la información: GHESTIN, *op. cit.*, p. 541; parecidamente, MALAURIE-AYNES, *op. cit.* pp. 345 y 230.

²⁰⁰ Cfr. MALAURIE-AYNES, *op. cit.*, p. 238.

²⁰¹ Sobre la diferencia entre la obligación precontractual, y la contractual, cfr. PERÉZ GARCÍA, *op. cit.* pp. 105 y s.; en sentido no del todo coincidente, cfr. GHESTIN, *op. cit.* pp. 504 y s.

información contractual de alcance más amplio. En opinión de García Cantero, «parece razonable pensar que dicho subprincipio (de información) ha de informar no sólo la específica legislación protectora de consumidores y usuarios, sino la doctrina general del contrato... Cabe establecer que, en toda relación contractual, las partes intervinientes tienen la obligación recíproca de informarse sobre cuantos puntos sean precisos a fin de lograr un consentimiento libre y reflexivo. Este deber contractual de informar lleva consigo el deber previo de informarse para así poder informar; aquél puede infringirse por dolo o culpa. La información precontractual integra el contenido del contrato posterior aun cuando no haya sido recogida en el mismo»²⁰². Con todo, conviene tomar en consideración también la necesidad de remunerar, en su caso, el coste de esa información obtenida por el profesional, a fin de no desincentivar su obtención²⁰³: como siempre, se trata de conseguir el equilibrio entre las partes, y no un nuevo desequilibrio, esta vez en favor del consumidor.

27. Otro de los aspectos afectados (ya en la frontera con lo que cabría denominar la fase contractual, o el contrato *in facto esse*) es el relativo a la forma y documentación del contrato. Es habitual que las normas de protección de los consumidores contengan requisitos relativos a la forma del contrato, exigiendo habitualmente que se realicen por escrito, y que el consumidor reciba un ejemplar del mismo: así ocurre, por ejemplo, en los arts. 5 LVP, 5 LCS o 3 LCCFEM; más ambiguamente, el art. 10.1.b LCU se refiere a *recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o, en su caso, de presupuesto debidamente explicado*²⁰⁴. En otras ocasiones, la documentación se refiere sólo a determinados aspectos (depósito, presupuesto, factura, etc.), y tiene carácter preferentemente informativo, como hemos visto *supra*.

A partir de estos datos normativos (o de otros similares), se habla de un renacimiento del formalismo²⁰⁵, «que cuadra muy poco con las tópicas exigencias del comercio y mucho, en cambio, con los tradicionales esquemas civiles» (Casas Vallés)²⁰⁶. Las finalidades de este retorno al formalismo son variadas: por un lado,

²⁰² GARCÍA CANTERO, *op. últ. cit.* pp. 630 y s.

²⁰³ Cfr. RUDDEN, *Le juste et l'inefficace; pour un non-devoir de renseignements*, *cit.*; GHESTIN, *op. cit.*, p. 541; MALAURIE-AYNES, *op. cit.* pp. 345 y 230.

²⁰⁴ Con todo, la necesidad de documento contractual cuando se empleen condiciones generales de los contratos podría ser deducida del precepto reproducido, y de lo dispuesto en el mismo art. 10.1.a.

²⁰⁵ Cfr. GARCÍA CANTERO, *Integración del derecho del consumo... cit.* p. 50; CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y derecho civil*, *cit.* p. 100; GHESTIN, *op. cit.* pp. 118 y s.; MALAURIE-AYNES, *op. cit.*, p. 345; BOURGOIGNIE, *Eléments... cit.* p. 211; L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, *cit.*, p. 16.

²⁰⁶ CASAS VALLÉS, *op. cit.* p. 100, nota 48.

inducir al consumidor a la reflexión, en virtud de su efecto psicológico (mayor cuanto más solemne es la forma)²⁰⁷; además, proporcionar al consumidor una información adecuada sobre sus derechos y obligaciones contractuales²⁰⁸; y, por último, «proporcionarle medios de prueba en previsión de eventuales conflictos» (Casas Vallés)²⁰⁹.

Esta vuelta al formalismo, sin embargo, no carece de algunas dificultades. La primera se refiere a la excesiva formalización (casi burocratización) del proceso comercial, si esas exigencias de documentación se llevan demasiado lejos²¹⁰; lo cual puede traducirse en su encarecimiento y ralentización, o en la ineficacia práctica de esas previsiones, por su carácter poco funcional. La segunda, de índole dogmática, es la relativa a las consecuencias del incumplimiento de la forma o documentación legalmente previstas: como señala García Cantero «no siempre es posible saber si el documento privado que habitualmente exige el legislador es requisito *ad substantiam*»²¹¹. La LCCFEM en su art. 4 dispone la anulabilidad del contrato celebrado con infracción de los requisitos de forma establecidos en su art. 3, a instancia únicamente del consumidor —salvo si dicho incumplimiento es exclusivo del propio consumidor—, pero es dudoso que esta sanción sea la más adecuada²¹², porque coloca al consumidor en la alternativa de anular el contrato (y quedarse así sin el bien que quizás precise), o conformarse con el incumplimiento de tales requisitos de forma. Por esta misma razón no me parece que se trate de forma *ad substantiam* en el sentido clásico, sin la que el contrato no es válido. La solución estaría más bien en la línea del art. 1.280 Cc, de forma que el consumidor pudiera compeler al profesional al cumplimiento de los requisitos de forma o documentación; pero entonces sería preciso disponer tanto sistemas rápidos, baratos y eficaces para que ello pudiera ser llevado a efecto, como, en su caso, bien alguna sanción civil (o administrativa) que pudiera servir como presión frente al profesional (así ocurre, por ejemplo, en los Decretos reguladores de la prestación de diversos servicios, a los que vengo refiriéndome —veáanse, por ejemplo, los arts. 19

²⁰⁷ Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos...* I, pp. 249 y s.; CARBONNIER, *Droit civil*, cit. p. 177.

²⁰⁸ Cfr. CASAS VALLÉS, *op. et loc. cit.*; MALAURIE-AYNES, *op. et loc. cit.*; y L'HEUREUX, *op. et loc. cit.*

²⁰⁹ CASAS VALLÉS, *op. et loc. cit.*

²¹⁰ CASAS VALLÉS, por ejemplo, ha contado hasta doce documentos distintos en relación con la reparación de automóviles: *op. et loc. cit.*

²¹¹ GARCÍA CANTERO, *Integración del derecho del consumo...* cit. p. 50.

²¹² Menos aún, a mi modo de ver, la de nulidad absoluta propuesta por BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles*, cit., pp. 309 y ss.

y ss. RD 1457/1986, 10 RD 58/1988, y 9 RD 1453/1987—), bien algún incentivo de la misma naturaleza que le mueva a hacerlo.

C. Contenido y cumplimiento del contrato

28. El contenido de la mayor parte de los contratos de consumo aparece determinado por la reglamentación predispuesta por el profesional. De ahí la especial importancia que reviste la normativa reguladora de las condiciones generales de los contratos, que constituye uno de los tópicos emblemáticos no sólo de la protección de los consumidores, sino del nuevo Derecho de la contratación en masa. Dicha regulación está constituida, en nuestro Derecho, por los arts. 3 LCS y 10 LCU; y, con su eficacia característica, por la Directiva 91/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que debe ser implementada, a más tardar, el 31 de diciembre de 1994 (art. 10). El principio rector es la consecución del justo equilibrio contractual, tanto entre las prestaciones como entre los derechos y obligaciones de las partes (arts. 10.1.c LCU y 3 Directiva), de forma que la predisposición del contenido contractual no desemboque en la imposición de cláusulas abusivas para el consumidor, provocando el desequilibrio que se trata de evitar (desequilibrio objetivamente favorecido por la unilateralización del mecanismo contractual operado por el empleo de condiciones generales)²¹³. A tal efecto, el art. 10 contempla una lista de condiciones generales contrarias a la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones (art. 10.1.c), entre las que incluye la prohibición general de cláusulas abusivas (entendiendo por tales, aclara el precepto, *las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio de los consumidores*). El mecanismo empleado para obtener esa finalidad es el de la nulidad parcial de las cláusulas excluidas (art. 10.4, párr. 1.º), que puede demorar en la nulidad del contrato entero *cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las partes en la relación contractual* (art. 10.4, párr. 2.º)²¹⁴. La aportación más importante, desde el punto de vista teórico, del art. 3 LCS es, por

²¹³ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor*, cit., p. 58.

²¹⁴ La Directiva, por su parte, dispone que *los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas* (art. 6.1).

su parte, la contenida en su párrafo 3.º: *declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas.*

Como hemos visto *supra*, las condiciones generales son una consecuencia del tráfico patrimonial en masa, respecto al que se presentan como una exigencia de racionalización (incluso posibilización) del mismo. En la medida en que extienden su eficacia más allá del campo de las relaciones entre profesionales y consumidores, y se aplican también en las relaciones de los profesionales entre sí (aunque entonces no necesariamente con las mismas características)²¹⁵, la relevancia de su correcto tratamiento y regulación respecto a la Teoría General del Contrato es más evidente. Aparecen así como uno de los puntos capitales del nuevo Derecho de la contratación en masa (o del tráfico patrimonial en masa)²¹⁶. Desde este punto de vista puede entenderse, con García Cantero, que la regulación actual «posee indudable vocación a servir de base para una eventual reforma de la doctrina general del contrato»²¹⁷. También, porque se sitúa en la línea ideal de esa regulación, tal y como la expresa Díez-Picazo: «sujeción del fenómeno a un control riguroso, que impida las situaciones de abuso en la contratación, respecto de la parte contractual económicamente más débil»²¹⁸.

De otra parte, la normativa actual —destacadamente, la contenida en el art. 10 LCU— es técnicamente defectuosa²¹⁹, y su trascendencia práctica ha sido más que dudosa²²⁰; sin que, por otro lado, se haya establecido la provechosa relación que cabía esperar entre el art. 3 LCS y el art. 10 LCU²²¹. En palabras de García Cantero, referidas a la regulación de la LCU, «*son más las desventajas que las ventajas producidas por la vigencia del*

²¹⁵ Piénsese, por ejemplo, en el problema del conflicto de formularios, que puede producirse (y se produce) con relativa facilidad en las relaciones entre profesionales: cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 275 y ss.

²¹⁶ Con todo, parece aconsejable el mantenimiento de una cierta especificidad en el tratamiento y regulación del fenómeno, cuando se trata de relaciones entre profesionales y consumidores, por las razones expuestas más arriba; lo que es, por otro lado, práctica usual en el Derecho Comparado: cfr. ALFARO, *op. últ. cit.* pp. 174 y ss.

²¹⁷ GARCÍA CANTERO, *Integración del derecho del consumo... cit.* p. 50.

²¹⁸ Díez-PICAZO, *Fundamentos... I cit.*, p. 344.

²¹⁹ Cfr., por todos, R. BERCOVITZ, *La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en A. BERCOVITZ y R. BERCOVITZ, «Estudios...» cit., p. 188; LÓPEZ SÁNCHEZ, *Las condiciones generales de los contratos en el derecho español*, RGLJ 1987-4, p. 650; GARCÍA CANTERO, *Venturas y desventajas del artículo 10 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, AC 1991, p. 289; DÍAZ ALABART, *Comentarios LCU cit.*, sub art. 10.1.c, p. 249.

²²⁰ Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. et loc. últ. cit.*

²²¹ Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. últ. cit.* pp. 294 y s.

*art. 10 en el texto de la Ley General de defensa de los Consumidores y Usuarios. Si de esta última se ha dicho que el mayor beneficio logrado ha sido su «eficacia publicitaria», pero que no ha podido, porque no era posible, servir de base a la construcción de lo que podríamos denominar Derecho del consumo, ni siquiera aquél puede atribuirse al art. 10 dado el generalizado escepticismo con que la doctrina lo ha acogido y su nula incidencia práctica» (las cursivas son del autor)*²²². Estas consideraciones, unidas a la necesidad de implementar la Directiva sobre cláusulas abusivas en la fecha señalada, hace que el Derecho español disponga de una segunda oportunidad para formular una regulación de las condiciones generales de los contratos que sea apta para hacer frente a los problemas que dicho sistema de contratación plantea, y se constituya a la vez como uno de los pilares para la construcción del nuevo Derecho de la contratación en masa.

29. La legislación de defensa de los consumidores incide, también, sobre los mecanismos de integración e interpretación del contrato. Ya he aludido más arriba a la integración de su contenido con el de la publicidad, la oferta o la promoción de los productos o servicios (art. 8 LCU). El mismo precepto dispone que serán exigibles también *las prestaciones propias de cada producto o servicio*, cuyas consecuencias para la contratación civil han sido agudamente puestas de relieve por Cavanillas Múgica: «se reconoce, con ello, la existencia de algo propio o connatural a cada producto o servicio, un contenido natural de cada contrato que no se deriva ni de la actuación de los contratantes (publicidad, por ejemplo) ni del pacto ni de la ley, sino de la propia naturaleza de cada producto o servicio»²²³; para cuya determinación, a partir de la pregunta acerca de «qué puede legítimamente esperar un consumidor de dicho producto o servicio aun cuando no figure en el texto del contrato (ni en la publicidad, ni en el etiquetado, ni en la presentación del producto)», acude a tres criterios: la *lex artis*, los reglamentos y la normalidad social²²⁴.

En sede de interpretación de los contratos (usualmente concluidos mediante condiciones generales), merece ser resaltado el art. 10.2, párr. 2.º, que dispone que *las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado* (es decir, el profesional), *prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que ésta*; en la misma línea se sitúan los arts. 8.2 y 27.1 LCU). Por su parte, la LCCFEM, en su art. 9, dispone que *los derechos conferidos al consumidor por la presente Ley son irre-*

²²² GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.* p. 296.

²²³ CAVANILLAS MÚGICA, *Las prestaciones propias de cada producto o servicio... cit.*, p. 8.

²²⁴ Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.* p. 9.

nunciabiles. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el consumidor. De ambos se inducen, al menos, dos principios de interpretación: el de interpretación más favorable para el consumidor (reforzado ahora por el art. 5 de la Directiva sobre cláusulas abusivas: *en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor*), y el de preferencia de la cláusula contractual más favorable para el consumidor —que bien podría ser considerado como una subespecie del anterior, en lo relativo a la determinación de las cláusulas aplicables—²²⁵. Vuelve a aparecer, por tanto, el principio *pro consumatore* como rector de la interpretación de los contratos de consumo (y manifestación del principio constitucional establecido en el art. 51 CE)

30. Debe también ser destacada la incidencia de la legislación protectora de los consumidores en las reglas de cumplimiento del contrato, y de responsabilidad por el incumplimiento, fundamentalmente en lo referido a la comprobación y conformidad del bien objeto del contrato, y a la garantía de buen funcionamiento del mismo. El punto de partida ha sido aquí también la insuficiencia funcional de los sistemas tradicionales de protección, tal y como resultan del Cc: típicamente, el recurso a las acciones de saneamiento por vicios ocultos, vicios del consentimiento, cumplimiento y resolución²²⁶.

Así, se establecen las que cabría denominar como obligaciones legales de garantía tanto en la LCU (art. 11), como en algunas normas reglamentarias —así, art. 16 RD 1547/1986, relativo a reparación de automóviles, y art. 6 RD 58/1988, sobre reparación de aparatos de uso doméstico—. Quizás lo más destacado de estos preceptos, desde la perspectiva que nos ocupa, sea la fijación de unos contenidos legales mínimos de la misma, que le dan un matiz marcadamente objetivo, alejándose así de los parámetros más clásicos²²⁷, así como su carácter imperativo, que impide pactos depresivos de dicho contenido legal mínimo.

²²⁵ Sobre lo cual cfr., en relación con la interpretación de las condiciones generales, ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 312 y s. y 325 y s.

²²⁶ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las condiciones de la protección eficaz...* cit., pp. 101 y ss.

²²⁷ Cfr. CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, cit., p. 101, nota 51. Así, por ejemplo, el citado art. 16 RD 1457/1986, en su n.º 4, dispone que *producida una avería durante el periodo de garantía en la parte o partes reparadas, el taller garante, previa comunicación del usuario, deberá reparar gratuitamente dicha avería*; similarmente, cabe citar el art. 6.6 RD 58/1988. Llama también la atención el régimen de prueba que establece el art. 6.5 de este mismo RD: *no se podrá reclamar nueva reparación con cargo a la garantía, cuando la avería se produzca como consecuencia de un uso inadecuado del aparato, o por causas de fuerza mayor. Esta circunstancia habrá de ser probada por el servicio de asistencia técnica que otorgó la garantía.*

Desde otro punto de vista, la garantía se independiza en cierta medida del contrato del que trae causa. Ello ocurre, por un lado, formalmente, ya que es lo normal que figure en un documento diferente al contractual. Ello porque el garante no es necesariamente parte en dicho contrato, sino que puede ser absolutamente ajeno al mismo: se trata, pues, de una respuesta jurídica en sede de cumplimiento del contrato al problema del alejamiento material entre productores y consumidores. Del mismo modo, tampoco el titular de la garantía es necesariamente el otro contratante: puede serlo cualquier titular del bien, mientras la garantía sigue en vigor. Los límites personales del contrato quedan así claramente desbordados²²⁸, provocando así, también en el ámbito personal, esa independización de que he hablado.

Por otro lado, el art. 11.5 LCU (exigencia de la existencia de repuestos, y de un servicio técnico adecuado) impone una suerte de carga accesoria tanto al fabricante como al distribuidor, con la intención «de prolongar la protección del consumidor, más allá de las consecuencias inmediatas del contrato adquisitivo, poniendo freno a los abusos que se producen en el servicio de reparaciones y en el de venta de repuestos y accesorios» (García Cantero)²²⁹. Quedan desbordados así los límites temporales de eficacia del contrato, tal y como los contemplaba la doctrina clásica.

Llama también la atención, por último, la determinación de las consecuencias de la falta de conformidad o del incorrecto funcionamiento del bien objeto del contrato (reparación, sustitución o resolución), que se separan notablemente de las establecidas por el Cc para el saneamiento por vicios ocultos (el cual, por su parte, no se ve afectado en su vigencia ni eficacia por estas reglas — art. 7 LCU—: el consumidor podría acudir a tales acciones si lo estima preferible)²³⁰. Dichas consecuencias son, por lo general, más ajustadas a los intereses del consumidor, a quien más que una disminución del precio (quedándose él con la cosa defectuosa) o la redhibición o resolución del contrato, interesa su exacto cumplimiento, concretado bien en la reparación de la avería o defecto, o en la sustitución del bien objeto del contrato por otro que se encuentre en perfectas condiciones.

Por lo demás, la incidencia podría ser todavía superior si se considerara que el art. 11.1 LCU no es una simple declaración de objetivos²³¹, sino que tiene carácter preceptivo²³².

²²⁸ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las condiciones de la protección eficaz... cit.*, p. 107; GARCÍA CANTERO, en *Comentarios LCU cit.*, sub art. 11, pp. 37s y 379.

²²⁹ GARCÍA CANTERO, *op. últ. cit.*, p. 389.

²³⁰ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. últ. cit.* p. 108.

²³¹ Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. últ. cit.* p. 368.

²³² Como ocurriría, por ejemplo, de aceptarse la interpretación propuesta por R. BERCOVITZ, *La defensa contractual del consumidor en la Ley General para la De-*

Como puede apreciarse, estamos ante un sistema de responsabilidad contractual (pero sólo en el sentido de que trae causa de un contrato), adaptado a las características del tráfico en masa, adecuado desde el punto de vista de los intereses de los consumidores, dotado de un marcado carácter objetivo que facilite la satisfacción del interés del consumidor, y suficientemente determinado como para evitar la inseguridad que podría derivar de reglas demasiado generales o ambiguas. Naturalmente, resulta perfectible²³³; pero es más adecuado a las necesidades de la producción y tráfico en masa que los tradicionales regímenes de responsabilidad contractual. En este sentido, puede afirmarse que constituye una notable aportación a la modernización del sistema codificado de responsabilidad por defectos de la cosa, y su adecuación las circunstancias actuales²³⁴.

30. Para terminar, una brevísimas alusión a los regímenes de invalidez e ineficacia. Por un lado, es claro que la LCU consagra la técnica de la nulidad parcial (art. 10.4), en la forma indicada más arriba²³⁵. Por otro, el mismo precepto, en su párrafo 2.º, dispone la ineficacia del contrato *cuando las cláusulas subsistentes determine una situación no equitativa de las partes en la relación contractual*: nos encontramos, pues, ante una llamativa rescisión²³⁶, por desequilibrio no en las prestaciones, sino en la posición contractual de cada uno de los contratantes. Lo cual reafirma lo indicado más arriba acerca del renacimiento del principio de justicia contractual sustantiva (que actúa también, como se ve, en beneficio del profesional, y en relación con el equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes)²³⁷.

Zaragoza, septiembre de 1993.

fensa de los Consumidores y Usuarios, cit. pp. 213 y ss.; similarmente, A. BERCOVITZ, *La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores*, en «Estudios...» cit., pp. 155 y s.

²³³ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. últ. cit.*, p. 109.

²³⁴ Acierta, por eso, en lo fundamental, RUBIO GARRIDO (*La «garantía» del artículo 11 LCU*, «ADC», 1990, p. 917), cuando señala que «el artículo 11 LCU no viene sino a subsanar la insuficiencia patente de una obligación de saneamiento, configurada en los Códigos a la luz de los principios liberales propios de la época». Aunque probablemente la novedad es mayor que lo que el propio autor admite, en su por otro lado excelente trabajo.

²³⁵ Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. últ. cit.* p. 777; CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, cit., p. 101. Sobre la cuestión, monográficamente, RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores* (Valladolid, Lex Nova, 1993).

²³⁶ Tal es la calificación que hace, en mi opinión correctamente, ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 459 y ss.

²³⁷ *Vid.*, con todo, la aguda crítica a esta previsión realizada por CLAVERÍA GOSÁLBEZ, en *Comentarios LCU*, cit., sub art. 10.4, pp. 342 y s.

EL TERCERO HIPOTECARIO Y LA ANOTACION DE EMBARGO

Arturo MERINO GUTIÉRREZ

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MONISMO O DUALISMO EN LA CONCEPCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO.—III. EL TERCERO DEL ARTÍCULO 32 Y LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.—IV. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO Y LA FE PÚBLICA REGISTRAL.

I. INTRODUCCIÓN

Un título como el empleado sin duda provocará que las espadas se pongan en alto. Es el tercero hipotecario un personaje tan entrañable como difícil. Ni se deja aprehender fácilmente, ni ofrece siempre el mismo rostro. Tiene diversas residencias legales para algunos, pero otros opinan que nunca ha cambiado de domicilio. Su árbol genealógico no es fácil de dibujar, ni está muy claro de qué región de la vieja Europa proviene. Pero no por eso solamente digo que las espadas se alzarán: algunos pensarán que si el tercero hipotecario es el agua, la anotación preventiva de embargo es aceite.

La anotación preventiva de embargo revela vigorosamente la interrelación de las distintas ramas jurídicas. Es materia técnica que en muchas ocasiones exige el empleo preciso de normas y principios residentes en distintas disciplinas del Derecho, que ha suscitado no pocas controversias en los foros de debate y en los Tribunales, bastante literatura jurídica y, quizás como consecuencia de estas razones o de otras que ahora se me escapan, posee cierta leyenda de materia oscura. Por tal motivo, no se me ocurre mejor manera de principiar estas líneas que, habiendo ponderado las muchas dificultades que encontraré en mi camino, solicitar del

lector comprensión por si en algún momento tales obstáculos consiguen imponerse a mi empeño de lograr una exposición clara y fácil de seguir.

A modo de declaración de intenciones, considero obligado hacer varias puntualizaciones antes de abordar la materia objeto de este breve artículo.

En primer lugar, la discusión doctrinal planteada sobre los efectos de la anotación preventiva de embargo suele centrarse sobre estos puntos: uno, la preferencia y prelación que recibe el crédito anotado frente a otros, privilegiados o comunes, anteriores o posteriores¹; dos, el valor como carga de la anotación preventiva de embargo en los distintos procedimientos en los que se ejerciten acciones reales o personales que produzcan como resultado la venta de un inmueble para la satisfacción de algún crédito²; y tres,

¹ Existe una doctrina jurisprudencial claramente inclinada a interpretar la pugna o antinomia entre el artículo 1.923, párrafo 4.º, del Código civil, y el artículo 1.927, párrafo 2.º, del mismo texto legal, en favor del primero de ellos, de tal suerte que se ha declarado reiteradamente que la anotación preventiva sólo otorga preferencia y prelación frente a los créditos que sean posteriores a la anotación, pero nunca frente a los anteriores, respecto de los cuales tal preferencia no tiene ninguna virtualidad. Esta tesis tiene como más destacado contradictor a García García, cuya minuciosa interpretación de las relaciones entre ambos preceptos pone en serios apuros aquella dirección, al menos desde un plano puramente intelectual y sin que haya logrado adhesiones unánimes, ni siquiera mayoritarias, y proporciona argumentos nada desdeñables en favor de su tesis. Consiste ésta, en esencia, en considerar que puesto que el artículo 1.923 del Código civil es un precepto destinado a determinar los créditos que gozan de preferencia mientras que el artículo 1.927 del mismo Código es el que se ocupa propiamente de fijar la prelación entre los créditos preferentes, en la pugna debe salir victorioso este último artículo, que para determinar la prelación entre los créditos hipotecarios, los anotados preventivamente de embargo y los refaccionarios anotados o inscritos acude simplemente al criterio de la fecha del asiento registral (que es la fecha y hora del asiento de presentación por aplicación de los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria). Como consecuencia de todo ello, el crédito anotado preventivamente de embargo se satisface antes que los créditos que no tienen la cualidad de privilegiados o la tienen respecto de los demás bienes muebles o inmuebles (artículo 1.924 del Código civil), esto es, respecto del remanente una vez apartados los bienes muebles o inmuebles sobre los cuales tienen preferencias determinadamente algunos créditos (artículos 1.922 y 1.923 del Código civil). Y, tratándose de créditos que gozan de preferencia sobre el precio de determinados bienes inmuebles, primero se satisfacen los de los núms. 1.º y 2.º del artículo 1.923, después los de los núms. 3.º y 4.º, cuya preferencia se determinará exclusivamente por la fecha de los asientos, y finalmente los del núm. 5.º del mismo precepto legal. Cf. GARCÍA GARCÍA, J. M., «El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo. Hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español», en Ponencias y Comunicaciones presentadas al VII Congreso Internacional de Derecho Registral, Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1988, pp. 258 y ss.

² Es especialmente interesante la fijación clara de la operatividad de la anotación preventiva de embargo en su condición de carga, esto es, como se comporta en el supuesto en el que como consecuencia de un procedimiento en el que se haya

la situación que la anotación preventiva que nos ocupa depara para el anotante en relación con las enajenaciones que el deudor embargado realice de la finca anotada, antes o después del embargo o de la publicación registral de éste. De estas tres interesantes materias, es esta última la que va a ocupar atención.

En segundo lugar, como posteriormente se comprobará, no se ha tratado de hacer un análisis ni pormenorizado ni tan siquiera somero de todas las cuestiones que cabe plantearse en esta sede, ni tampoco una exposición de todas y cada una de las posturas doctrinales existentes al respecto, sino simplemente, y con la humildad suficiente para reconocerlo, de tratar de proporcionar algunas ideas nuevas o de reflexionar sobre otras que no han recibido la atención que quizás merecían.

En tercer lugar, conviene trazar una distinción perceptible entre varios supuestos:

1.º Hipótesis en que los bienes embargados nunca fueron propiedad del deudor embargado, o su adquisición había quebrado por resolución, revocación, rescisión, etc.

2.º Supuesto en el que al verificarse la traba de los bienes éstos ya no pertenecen al deudor contra el que se dirige el procedimiento judicial, que si bien fue dueño de ellos había dejado ya de serlo.

3.º Caso en que sí le pertenecen en tal momento pero no en el instante de presentarse en el Registro de la Propiedad el mandamiento del Juzgado ordenando la anotación del embargo, aun constando los bienes inscritos a nombre de tal deudor³.

producido la enajenación judicial de un bien inmueble a instancias del actor haya que decretarse por el Juzgado la cancelación de asientos anteriores o posteriores al que reflejaba el derecho de aquél. El centro del debate está en dilucidar si lo anterior y lo preferente siempre coinciden o caben asientos anteriores no preferentes y asientos posteriores preferentes. Para no desviarnos del tema que aquí se examina, nos remitiremos a dos interesantes y exhaustivos trabajos: CANALS BRAGE, F., «Carga real y preferencia crediticia en las ejecuciones inmobiliarias. Comentario a las RR. de la D.G.R.N., de 27 de julio, 29 de abril y 22 de noviembre de 1988» R.C.D.I., 1990, mayo-junio (598), pp. 1.195 a 1.225; e IPIENS LLORCA, A., «Anotaciones de embargo e hipotecas», A.A.M.N., 1974, pp. 23 a 65.

³ Es el caso de las RR. de la D.G.R.N. de 6 de septiembre de 1988 (Rep. Ar. 6999) y de 12 de junio de 1989 (Rep. Ar. 4804). Cf. también en AMORÓS GUARDIOLA, M., y MADERO JARABO, E., *Jurisprudencia registral*, 11 (1986-1990), pp. 751 y ss. y 927 y ss. En ambos supuestos, se había trabado el embargo antes de su venta por el deudor en escritura pública, y anotado el embargo también antes de la inscripción de la venta, declaró el Centro Directivo inscribible la venta judicial alcanzada en el procedimiento en que se acordó el embargo. Después de aclarar que la anotación preventiva no es constitutiva del embargo, en lo que parece haber acuerdo doctrinal, las resoluciones citadas declararon en sus Fundamentos de Derechos números 6 y 8 que:

«6. Ciertamente en nuestro sistema el acreedor que obtenga anotación preventiva de embargo goza de preferencia frente a los créditos o actos dispositivos pos-

Por último, considero adecuado verificar un breve repaso del concepto del tercero protegido por nuestro sistema hipotecario ⁴.

teriores a la fecha misma en que la anotación preventiva del embargo se produce según resulta de los artículos 44 y 1.923 del Código civil y confirmó reiterada jurisprudencia. Pero ello naturalmente no quiere decir que los créditos o los actos dispositivos anteriores a la anotación misma hayan de ser preferentes siempre al crédito en cuyo favor se practicó el embargo o al embargo mismo todavía no anotado. Para decidir estas otras colisiones de derechos ha de estarse entonces a las demás normas de nuestro Ordenamiento. La colisión entre los créditos anteriores a la anotación se decidirá por las demás normas sobre concurrencia y prelación de créditos. La colisión entre embargo no anotado y el acto dispositivo sobre el bien embargado se decidirá puesto que afecta al campo de los derechos reales según el principio "prior tempore potior iure" a salvo el derecho del tercero protegido por la legislación hipotecaria. Es decir producido el embargo aunque no esté anotado el dueño del bien sólo puede transmitirlo en la medida en que es suyo: o sea con la carga del embargo; a salvo el caso de que el que hubiere adquirido el bien con posterioridad al embargo reuniera los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria (lo que aquí no ocurre porque la anotación del embargo es anterior a la inscripción de la adquisición del bien.)

«8. En conclusión puesto que la venta posterior al embargo no puede quedar protegida ni por el principio de prioridad ni por la fe pública registral (al estar ya anotado el embargo al tiempo de la inscripción de la venta) no cabe en el presente caso que deje de ser inscrito por la sola razón invocada por el Registrador el auto de adjudicación siempre que en cuanto a la cancelación del asiento relativo a la venta intermedia se cumpla lo establecido en los artículos 131.17 y 133 de la Ley Hipotecaria y 175.2.º y 233 del Reglamento Hipotecario.»

Ambas resoluciones hacen una curiosa aplicación del principio de prioridad: es cierto que tratándose de situaciones no inscritas, habrá que atender a la fecha de los respectivos actos; pero una vez que se publican, dicha regla cede en favor de la aplicación del principio de prioridad registral. La doctrina del Centro *Directivo* no busca otra cosa que la justicia del caso concreto, pero no todos se han mostrado conformes con las declaraciones contenidas en estas resoluciones. Es verdad que se llega al mismo resultado que se tratará de defender en este trabajo, pero no se analiza la relación de la anotación de embargo con el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

⁴ La abundante literatura inspirada en la figura del tercero hipotecario se revela en algunos títulos cuya evocación, debo confesarlo, siempre consigue arrancarme una sonrisa («algo más sobre el tercero», «otra vez el concepto de tercero», «todavía sobre el concepto de tercero»). Pero en fin, dejando a un lado cualquier inclinación humorística, merece todo respeto y admiración el afán con el que la doctrina ha debatido, reflexionado y, con ello, enriquecido el estudio de este tema. Algunas veces, es cierto, tan dispares opiniones han sembrado una pequeña confusión, pero las más debe decirse que han tornado las sombras en luces y, «por el mismo precio», ha quedado patente el fino genio de muchos de nuestros más brillantes autores.

Sin ánimo exhaustivo, cabe mencionar los siguientes trabajos, por orden cronológico: ALONSO FERNÁNDEZ, J., «La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición», R.C.D.I., 1945, pp. 305 y ss. DUALDE, J., «Todavía sobre el concepto de tercero», R.D.P., 1947, p. 349. VILLARES PICÓ, M., «La posesión y el Registro», R.C.D.I., 1947, pp. 437 y ss. DEL HOYO, F., «Otra vez el concepto de tercero», R.C.D.I., 1.949, pp. 563 y ss. NÚÑEZ LAGOS, R., «El Registro de la Propiedad español», R.C.D.I., 1949, pp. 346 y ss. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Vida jurídica. Comentario a la conferencia de Núñez Lagos, El Registro de la Propiedad español», A.D.C., 1949, pp. 681 y ss. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Sentencias anotadas. Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros

problemas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1949», A.D.C., 1949, pp. 1.340 y ss. VILLARES PICÓ, M., «La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero», R.C.D.I., 1949, pp. 1 y ss. GÓMEZ GÓMEZ, M., «¿Inscripción declarativa o constitutiva?», R.C.D.I., 1949, pp. 787 y ss. NÚÑEZ LAGOS, R., «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», R.G.L.J., 1950, pp. 563 a 625.- HERMIDA LINARES, M., «El Derecho inmobiliario español, los modos de adquirir y el Registro de la Propiedad», R.C.D.I., 1951, pp. 641 y ss. y 721 y ss. GÓMEZ GÓMEZ, M., «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», R.C.D.I., 1952, pp. 558 y ss. NÚÑEZ LAGOS, R., «Fe pública especial», R.D.N., 1958, p. 29. VILLARES PICÓ, M., «La Ley hipotecaria de 1861(en pro de su reforma en su centenario)», R.C.D.I., 1960, pp. 145 y ss. y «Recordemos en este centenario del régimen hipotecario al verdadero fundador del mismo», R.C.D.I., 1961, pp. 910 y ss. ROCA SASTRE, R. M., «Trascendencia de la Ley Hipotecaria del año 1861», R.C.D.I., 1962, pp. 585 a 604. NÚÑEZ LAGOS, R., «Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria», conferencia publicada en R.D.N., 1962, p. 112. DE LA RICA Y ARENAL, R., «Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario», discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pp. 75 y ss. CARRETERO GARCÍA, T. «Retornos al Código civil. II. Retorno al artículo 606», R.C.D.I., 1965, pp. 75 a 138. ROCA SASTRE, R. M., «El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma», R.C.D.I., 1965, pp. 781 a 829. VILLARES PICÓ, M., «La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero perjudica la eficacia de la inscripción», R.C.D.I., 1966, pp. 363 a 378. GÓMEZ GÓMEZ, M., «En torno a la polémica Carretero-Roca», 1966, R.C.D.I., pp. 379 a 395. AMORÓS GUARDIOLA, M., «La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios», R.C.D.I., 1967, pp. 379 a 395. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., «Los terceros registrales o internos», R.C.D.I., 1968, pp. 1.493 y ss. HERMIDA LINARES, M., «Problemas fundamentales de Derecho Hipotecario», R.C.D.I., 1969, pp. 1.172 a 1.224. DE LA RICA MARITORENA, R., «Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria», R.C.D.I., 1970, p. 703. GARCÍA HERGUEDAS, M. P. y GARCÍA ARANDA, C., «El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho», R.C.D.I., 1975, pp. 591 y ss., y 1978, pp. 1.105 y ss.

Dentro de las obras generales, y entre otras no menos importantes, pueden consultarse las siguientes, citadas también por orden cronológico: SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, tomo I, pp. 368 y ss. y 414 y ss. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a ed., Zaragoza, 1957, pp. 232 y ss.- ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, 7.^a ed., Barcelona, 1979, tomo I, pp. 529 y ss. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, 595 y ss. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1983, volumen 11, pp. 373 y ss. y 390 y ss. LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil*, III bis. *Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a ed., Barcelona, 1984, pp. 161 y ss. ÁLVAREZ CAPEPOCHIPI, J. A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, pp. 133 y ss. DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1986, pp. 217 y ss. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, 1988, pp. 583 y ss. MORENO-LUQUE, C.; DE LEÓN ARCE, A.; MERINO GUTIÉRREZ, A. y otros, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1988, Guías «La Ley». CHICO ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., Madrid, 1989, tomo I, pp. 311 y ss. y 335 y ss.

II. MONISMO O DUALISMO EN LA CONCEPCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO ⁵

Tan debatida cuestión como ésta tiene una importancia crucial en esta exposición. Es mi juicio, que ya adelanto, que el anotante preventivamente de embargo no puede quedar protegido por la fe pública registral por las razones que se tratarán de defender, mientras que sí es posible entender que es un tercero protegido por la inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito. Presuponiendo que los bienes continúan inscritos a nombre del deudor embargado, recordemos los posibles conflictos de intereses que pueden plantearse ⁶: a) puede suceder que cuando la autoridad judicial verifica la traba de los bienes del deudor pertenezcan a éste y que sin embargo no sea dueño de ellos al acometerse su constancia en los libros registrales; b) puede acontecer, por contra, que el sujeto pasivo de la medida judicial no fuera propietario de los bienes cuando el juzgador la adopta por haberlos transmitido, y c) cabe también que nunca hubiera sido dueño de ellos, por no llegar a adquirirlos o por haber quedado sin efecto su acto adquisitivo. Todavía en este último ejemplo podría ocurrir que la ineficacia del acto adquisitivo tuviera lugar con anterioridad o con posterioridad a la traba judicial. Si relacionamos tales posibilidades con la idea primaria de que la fe pública registral subsana la falta de derecho preexistente en quien figura como titular registral sin serlo, y que tal virtud no es propia de los sistemas de inopo-

⁵ En realidad, la figura del tercero protegido por nuestro sistema inmobiliario registral no sólo ha dividido a la doctrina en partidarios de lo que se ha venido a llamar tesis monista y dualista, según se estime que sólo hay un tercero protegido —el que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria— o son dos, cuya tutela emanaría para uno del mentado artículo 34 y para otro del artículo 32, que exige, como veremos, menos requisitos para salvaguardar el derecho del tercero, sino que el problema se ha planteado entre monismo y pluralismo, toda vez que otros preceptos de la ley, principalmente los artículos 28, 31, 36, 40, 69 y 76, han suscitado dudas en la determinación de quién es el tercero al que se refieren y protegen. No obstante, para los efectos que aquí interesan el dilema lo circunscribiré a la pugna entre la unidad o dualidad en la concepción del tercero, no sólo porque bastaría para lo que se intenta, sino porque opino que es el auténtico debate, la opción por una u otra configuración institucional de nuestro sistema, toda vez que el resto de las normas citadas pueden reconducirse sin mayores problemas a los supuestos típicos y no parecen decisivos para dilucidar el esquema protector instaurado o seguido por nuestra legislación hipotecaria.

⁶ En el caso de que los bienes embargados, sean o no propiedad del deudor contra el cual se dirige el procedimiento judicial, consten inscritos a favor de persona distinta de éste (salvo que el procedimiento judicial se haya dirigido contra una persona en concepto de heredera del que aparece en el Registro de la Propiedad como titular registral), no cabe la anotación del embargo en éste, por impedirlo el principio de tracto sucesivo, y, a la inversa, puede el titular tabular ejercitar la llamada tercería registral del párrafo 3.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria .

nibilidad, es palmaria la relación entre la cuestión del tercero y la anotación preventiva de embargo.

El principio de legitimación tiene su importante campo de actuación; a todos los efectos legales se presume que lo declarado por el Registro es exacto y que los derechos inscritos pertenecen a su titular registral. Tal presunción despliega su potencia tanto en el proceso como fuera de él, pero no debe ni puede olvidarse su limitación: es una presunción *iuris tantum*, que por tanto admite prueba en contra y que, por ello, deja de ser eficaz en el momento en que se demuestra que Registro y realidad jurídica no concuerdan⁷. Deja, pues, de interesar tal presunción en cuanto cede ante la demostración en contrario debeladora de la eficacia legitimadora. Por ello, los remedios contra la quiebra de la titularidad real en el embargado sólo pueden venir a través de la fe pública o de la inoponibilidad. En mi opinión, la sentencia de 12 de febrero de 1988 no distingue nitidamente ambos aspectos⁸.

⁷ Dice el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en su primer párrafo, que *«A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.»*

⁸ Cf. Repertorio Aranzadi, número 942. En la parte más interesante, declaró el Alto Tribunal que:

«... El Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario presumiéndose igualmente que el derecho inscrito existe y corresponde al titular con lo que la presunción iuris tantum alcanza a todos los supuestos hipotecarios gozando asimismo el titular registral de una justa y adecuada protección al exonerarle de la carga de la prueba...»

Es discutido si el principio de legitimación alcanza a todos los asientos: la literalidad del artículo 38 apunta sólo a los derechos reales y al asiento de inscripción; el artículo 1.3 de la Ley es el que permitiría extender la presunción de exactitud y todas las consecuencias derivadas de la misma a los distintos asientos, en función claro está de la naturaleza y peculiaridades de cada situación registrada.

En el supuesto de la resolución aludida, se alegaba que aunque el bien embargado constaba inscrito a nombre del deudor, ello era producto de un negocio simulado, pues en realidad él no era dueño del mismo. El Tribunal Supremo terminó manifestando que:

«... y admitiéndose que el Banco de Fomento con base en esa exactitud registral anotó en abril de mil novecientos ochenta y uno el embargo practicado sobre una finca cuya titularidad aparecía y sigue apareciendo inscrita a favor del ejecutado hay que declarar existente y en vigor tal anotación preventiva pues como la misma parte recurrente reconoce los actos dispositivos que realice el fiduciario aparente titular dominical serán plenamente eficaces en favor del tercero de buena fe por título oneroso que haya inscrito su adquisición en virtud de la responsabilidad del fiduciante al haber creado e incluso al haber admitido aunque sea fruto de su agobiante situación dicha simulación opinión perfectamente aplicable a la anotación del embargo preventivo que aquí se discute...»

Parece, pues, considerar al anotante preventivamente de embargo tercero protegido por el artículo 34 de la Ley, por la fe pública. Conclusión que como se verá no comparto: la extensión del principio de fe pública y del principio de legitimación

Se han dibujado con singular acierto, por algunos de nuestros autores, las líneas que separan los sistemas de transcripción, conocidos también como sistemas latinos, de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito, de los sistemas de fe pública registral, de raigambre germánica, de protección de la apariencia. Lo que ocurre es que mientras algunos opinan (Lacruz, Carretero) que son distintos sistemas protectores porque acuden a modos operativos diversos, otros (Roca Sastre) consideran que son dos fases de una evolución que siempre termina por imponerse.

Para Roca Sastre⁹ los sistemas de fe pública registral, o de desenvolvimiento técnico como él los denomina, suponen un estadio avanzado de la publicidad registral, ya que los sistemas de transcripción, con evidente primitivismo, se quedan en lo superficial, resolviendo el problema de necesidad de tutela del tráfico conforme a la máxima *prior tempore, potior iure*, con lo cual no se protege al ganador en la carrera de lograr el acceso registral de la inconsistencia de los títulos —ya de sus causahabientes, ya de él mismo—, mientras que los sistemas de abolengo germánico otorgan remedios contundentes que ponen al inscribiente que reúna los requisitos exigidos a resguardo de la decadencia de los títulos de sus predecesores en la registración¹⁰. En todo caso, insiste este autor, muestra evidente de las limitaciones de este sistema de transcripción y de su natural acercamiento a grados superiores de perfeccionamiento —los de raíz germánica— son determinadas normas¹¹ que establecen supuestos, como dice Roca

no es la misma, pues su fundamento no obedece a las mismas razones. Todo lo que puede considerarse exacto, a tenor del principio de legitimación, no quiere decir que se mantenga en favor del tercero que resulte protegido por la fe pública. El caso más relevante es el de los datos físicos: la doctrina hoy mayoritariamente admite que están protegidos por la presunción de exactitud registral, pero es evidente que la fe pública no puede alterar la realidad de las cosas ni imponer, en beneficio del tercero protegido, los datos registrales a la realidad.

⁹ Cf. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, op. cit., 1979, pp. 565 y 566.

¹⁰ Así, los sistemas de transcripción servirían para solucionar los problemas de la doble venta, decidiendo la disputa en favor del que primero inscribiese, pero, por contra, no protegerían, ni podrían, de los posibles vicios que rodeasen la adquisición del que vendió dos veces. Un ejemplo lo aclara: A adquirió una finca por medio de un negocio que después es declarado nulo. Vendió la finca a B primero y después a C. C inscribe primero, con lo cual queda a salvo de toda reclamación de B, pero no se libra de las acciones que traten de derribar el título adquisitivo de A, que determinarán la ineficacia última de su adquisición. No sucedería esto en un sistema de desenvolvimiento técnico: C en ningún caso, si reúne las condiciones para ser tercero protegido (buena fe, adquisición onerosa o también gratuita, según los casos, etcétera), quedaría afectado por la inconsistencia del título de su transmitente. Si en el Registro constaba que A era dueño de la finca y que la podía enajenar, C quedará incólume frente a las acciones dirigidas a invalidar el título de A.

¹¹ Son citados como tal por ROCA SASTRE (Cf. *Derecho...*, op. cit., p. 559) el artículo 30 de la reformadora Ley francesa de publicidad fundiaria de 4 de enero de 1955 y los números 6 y 7 del artículo 2.652 del Código civil italiano. Conforme

Sastre ¹², «denominados por la doctrina como supuestos de eficacia sanante de la publicidad registral», una especie de protección del titular según la transcripción, respecto de la endeblez de la titularidad de su transferente, si bien no sólo por la fuerza de la transcripción, sino con ayuda del tiempo y de la buena fe del tercer adquirente, con otras circunstancias.

La otra tendencia no jerarquiza la relación entre ambos sistemas protectores sino que los distingue en función del mecanismo del que se valen para lograr sus fines. Así, siguiendo las ideas apuntadas por Lacruz ¹³, podría decirse que los sistemas de transcripción se sirven de un medio indirecto cual es la afirmación y mantenimiento de un hecho negativo: no se ha verificado tal o cual acto sobre una determinada finca. De esta forma, se asegura al tercero que no se ha contratado sobre un inmueble y, si tal cosa no fuera cierta, se le tranquiliza con la certeza de que el acto existente no inscrito para él es como si no hubiera tenido lugar. Esto, justo es decirlo, tiene en países como Francia e Italia, que siguen el sistema de transcripción, una evidente importancia, toda vez que siguen el sistema de transmisión de derechos «solo consenso»: el contrato provoca la mutación jurídico-real, con independencia de la situación posesoria, y la simple inoponibilidad del contrato no registrado y, por hipótesis, oculto y no conocido, debe bastar para proporcionar una estimable tranquilidad y seguridad al adquirente. Pero no puede perderse de vista un dato definitivo; tal afirmación de inexistencia de contratación sobre fincas despliega su virtualidad cuando el titular registral disponente fue dueño de la finca, pues el Registro no garantiza que el dueño proclamado por los libros hipotecarios sea o haya sido verdadero dueño ¹⁴. Faltando tal presupuesto, el entramado protector quiebra

al primero, la resolución, revocación, anulación o rescisión de un derecho objeto de mutación o constitución de algún acto transcribible, cuando produzcan efecto retroactivo, no son oponibles a los causahabientes a título singular del titular del derecho aniquilado, a menos que la cláusula en virtud de la cual se haya operado tal resolución, etc., conste anteriormente publicada o si la causa radica en la ley. Con arreglo al segundo, en casos parecidos se deja al titular de la transcripción lograda a salvo, si bien no operante de inmediato, sino con efecto retroactivo al terminar los plazos que varían entre cinco y diez años, y con la concurrencia de determinadas circunstancias, como son la buena fe y la no transcripción precedentes de la correspondiente demanda judicial.

¹² Cf. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho...*, op. cit., p. 559.

¹³ Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho Inmobiliario...*, 1984, op. cit. pp. 16 a 18 y 164 y ss.

¹⁴ Indudablemente, la discusión, como después veremos, se localiza en si hay alguna diferencia entre el que nunca fue dueño por no haber llegado a adquirir o por haberse resuelto, anulado, revocado, rescindido, etc., el título que provocó —en los sistemas de transmisión por consentimiento— o coadyuvó y concurrió —en los sistemas de título y modo— a la adquisición, y el que habiendo sido dueño dejó

y el tercero inscribiente queda indefenso. Frente a este tipo tutelar, el principio de fe pública registral parte de la afirmación y mantenimiento de un hecho positivo: la persona que en el Registro figura como titular de un derecho efectivamente lo es y, si tal afirmación no fuera cierta, para el tercero las consecuencias serán las mismas que si lo fuera, no afectándole tal falta de concordancia.

La implantación de uno u otro sistema protector en cada ordenamiento concreto ha sido discutida, y también aquí podríamos recurrir a las dos tendencias más significativas. Los distintos sistemas inmobiliarios registrales han sido adscritos, con una simplificación cuya única función sólo puede ser la meramente clasificadora, al sistema de inoponibilidad (francés e italiano, por poner únicamente dos ejemplos) o al de protección de la apariencia (alemán, suizo), pero la complejidad del dispositivo hipotecario en cada nación exige muchas matizaciones, que con acierto —pero con divergente criterio— expusieron Carretero García y el mismo Roca Sastre.

Carretero García indagó en la búsqueda tanto del tercero latino en los sistemas germánicos como del tercero germánico en los de influencia latina. A este segundo ya nos hemos referido antes ¹⁵. Existen en las legislaciones que siguen el sistema de transcripción, por tanto, normas que tratan de proteger al que se adelantó en la inscripción de ciertos vicios sufridos por los títulos de sus causahabientes próximos o remotos. Esta aparente paradoja es valorada, como digo, de distinta forma: para Roca Sastre supone el inicio de la evolución de un primitivo sistema de transcripción hacia uno más perfeccionado de desenvolvimiento técnico; para Carretero, la prueba de que en otras naciones se da la mixtura de sistemas protectores que él sostiene que se da en la nuestra. Apoya este autor tal idea con el reverso complementario, esto es, la existencia de tercero latino en el B.G.B. alemán ¹⁶. La mayor aproximación que ve del sistema alemán al de matiz latino es el llamado acuerdo formal vinculante del párrafo 2.º del artículo 873 del B.G.B. ¹⁷.

de serlo por haber enajenado anteriormente la finca, es decir, la hipótesis que tiene como paradigma la doble venta.

¹⁵ Ver nota a pie de página número 11.

¹⁶ Cf. CARRETERO GARCÍA, T., «Retornos...», loc. cit., p. 111.

¹⁷ El sistema inmobiliario alemán maravilló en otro tiempo por su perfección técnica y su complejidad casi artística, pero hoy, sin perjuicio de reconocer sus muchos aspectos positivos, algunos consideran que es barroco, artificioso e innecesariamente rebuscado. En el proceso a través del cual se producen mutaciones jurídico-reales de carácter derivativo cabe aislar los siguientes momentos: 1.º Negocio obligacional. 2.º Acuerdo real. 3.º Consentimiento formal. 4.º Solicitud de inscripción. 5.º Inscripción.

A poco que se observe esta secuencia, la diferenciación entre negocio obligacional y acuerdo real chocará a los ojos de nuestro ordenamiento jurídico. En general se afirma que el negocio obligacional va dirigido a crear simples obligaciones entre las partes, mientras que el acuerdo real es el mismo fundamento de la mutación jurídico-real. El *primer apartado del párrafo 873 del B.G.B.* dice que «para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho y para la transmisión o el gravamen de un derecho sobre finca, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la modificación del derecho y la inscripción de éste en el Registro, en tanto la Ley no prescriba otra cosa». Por tanto, el binomio acuerdo real-inscripción operan el cambio real.

Otra característica fundamental es que el acuerdo real, el convenio del transferente y el adquirente de transferir y adquirir, es abstracto. No quiere ello decir, ni mucho menos, que no tenga una causa que justifique que una persona transmite su propiedad a otra, que la adquiere, o constituye en favor de ésta un derecho limitado en cosa ajena; en el orden natural de las cosas está que si tal resultado llega a ocurrir será porque una persona ha vendido o donado a otra o permutado con ella, por poner tres ejemplos. Lo que sucede es que la ausencia de este fundamento de la modificación jurídico-real no influirá en el efecto buscado y logrado, como tampoco lo harán los vicios o defectos que afectarán al negocio obligacional.

Por regla general, pues, puede afirmarse que la inscripción tiene en Alemania carácter constitutivo (no parece necesario entrar aquí en la diferenciación que algunos mantuvieron entre las legislaciones germánicas antiguas —inscripción sustantiva o constitutiva en sentido estricto— y las modernas legislaciones alemana y suiza —inscripción constitutiva—). Existen, como recuerda el mismo párrafo 873 del B.G.B., excepciones a esta regla que PAU PEDRÓN señala (cf. «Panorama del sistema inmobiliario alemán», R.C.D.I., 1982, 951 y ss., esp. pp. 981 y 982.): a) Los actos estatales, como adjudicación en juicio ejecutivo o expropiación. b) Los actos producidos por ministerio de la ley, como la sucesión hereditaria, si bien GARCÍA GARCÍA (cf. *Derecho Inmobiliario...*, op. cit., p. 383) matiza, pues así es en la transmisión hereditaria propiamente dicha, pero no en la eficacia de la partición, que sigue la regla general. c) Otros determinados y especiales, como la disposición de cuota en el caudal relicto por el coheredero, refiriéndose Wolff a la transmisión de derecho de garantía por cédula, que basta la simple entrega.

Fijémosnos ahora en el proceso que lleva a la inscripción. La *Ordenanza Inmobiliaria (G.B.O.)* alemana de 24 de marzo de 1897, reformada el 5 de agosto de 1935, dispone en su *párrafo 19* que «se efectúa la inscripción cuando presta su consentimiento aquel cuyo derecho quedará perjudicado por la misma»; y en su *párrafo 20* que «en caso de transmisión de una finca y en caso de constitución, modificación del contenido o transmisión de un derecho de superficie, sólo puede efectuarse la inscripción cuando se haya manifestado el necesario acuerdo real entre el titular y la otra parte».

Lo rebuscado del sistema alemán se revela en el mecanismo para proceder a la inscripción. Lo lógico, como señala LACRUZ (cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHEO REBULLIDA, F. A., *Derecho...*, 1984, op. cit., pp. 28 y 29), sería que lo que se hiciera constar en el Registro fuera «que Secundus pasa a ser propietario de la finca por habérsela transmitido Primus, sin decir nada más (...). Pues bien, en lugar de ello, lo que se hace constar en el Registro, en principio, es el consentimiento del afectado por la inscripción (que puede ser sustituido por la condena a prestarlo) para que se practique el nuevo asiento...».

Se trata del llamado consentimiento formal, que a diferencia del acuerdo real no va dirigido a la otra parte ni es el propio fundamento del cambio real, sino que va dirigido al encargado del Registro y es simple presupuesto para verificar la inscripción. Así, para practicar una inscripción el Encargado del Registro simplemente debe comprobar la existencia del consentimiento formal, no la del acuerdo real ni mucho menos la del negocio obligacional. Bien es verdad que la excepción a esta

Otro punto importante que analizan estos últimos autores es la relación de la inscripción constitutiva con la regla de la inoponibilidad. Carretero¹⁸ señala que ambas posibilidades vienen a cumplir una misma función, por lo que una excluye la otra. Así, la inoponibilidad de lo no inscrito sería la norma adoptada por los sistemas que no llegan a dar el último paso, es decir, a establecer el carácter constitutivo de la inscripción. De ello se sigue, según este autor, que la norma del artículo 32 de nuestra Ley Hipotecaria es de clara naturaleza latina, encuentra perfecto acomodo en la estructuración protectora de los sistemas de transcripción y, a la inversa, su establecimiento en un sistema germánico se vería repelido como un imán lo es por otro. No llega a la misma conclusión Roca Sastre. Por un lado, destaca, como ya

regla general es sumamente importante, pues se precisará manifestar el acuerdo real para la práctica de las inscripciones relativas a la transmisión del dominio o la constitución, modificación y transmisión del derecho de superficie. En estos casos, PAU PEDRÓN (cf. «Panorama...», loc. cit., p. 978) cita la opinión de Richter, Bengel y Simmerding, partidarios de entender que el acuerdo real sustituye entonces al consentimiento formal. GARCÍA GARCÍA (cf. *Derecho inmobiliario...*, op. cit., p. 387), por contra, se inclina por la necesidad de ambos —consentimiento formal y acuerdo real—. Hay otros supuestos en que la inscripción se practica sin necesidad de consentimiento formal.

En su magnífico trabajo, PAU PEDRÓN (cf., loc. cit., pp. 974 a 978) marca las diferencias entre el consentimiento formal y la solicitud de inscripción, por un lado, y el acuerdo real, por otro. Aunque en la práctica suelen ir unidos consentimiento formal y solicitud de inscripción, conceptualmente son distintos, como también los diferencian las personas legitimadas para verificar uno y otra y los requisitos formales de aquél y ésta. El consentimiento formal es una declaración unilateral y el acuerdo real un contrato (aunque esto último es discutido); aquél es la base de la inscripción, éste el fundamento de la mutación jurídica; aquél va dirigido al Registrador y éste a la otra parte; aquél debe ser puro, éste puede ser condicional o a plazo; aquél debe constar en documento público o autenticado (parágrafo 29 de la G.B.O.), mientras que ya vimos que el acuerdo real no requiere forma determinada.

Ahora bien, dice el apartado segundo del parágrafo 873 del B.C.B. que «antes de la inscripción están vinculadas las partes por el acuerdo solamente cuando las declaraciones se han otorgado judicial o notarialmente, o se han emitido ante el Registro o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción conforme a los preceptos de la Ordenanza del Registro» Como señala CARRETERO (cf. loc. cit. pp. 114 y 115), en estos casos, Endeman, Fuch y Oberneck son de la opinión de que se produce una simple vinculación personal; Ennecerus-Wolff, mantienen que no surge una simple obligación pero tampoco se llega a limitar el derecho de disposición, sino que se provoca una imposibilidad de revocación unilateral, de tal suerte que la revocación sería no sólo ilícita sino ineficaz, y sólo produciría plenos efectos la lograda por medio de un nuevo acuerdo [opinión más recientemente compartida por Fritz Baur y Lent-Schwab, como recoge GARCÍA GARCÍA (cf. op. cit., p. 387); y Koffka y Simon siguen la tesis que Carretero estima más lógica, que es entender que la vinculación se traduce en una limitación del derecho de disposición, es decir, sus efectos son reales. Concluye Carretero que tal vinculación, en definitiva, supone una transmisión inter partes pero ineficaz frente a terceros.

¹⁸ Cf. CARRETERO GARCÍA, T., loc. cit.

vimos¹⁹, que la eficacia constitutiva de la inscripción no está omnipresente en todas las transmisiones que tienen lugar en el Derecho alemán; por otro, que el perfeccionamiento evolutivo de los sistemas de transcripción conllevará, como así sucedió en nuestro Derecho, que las normas que estructuralmente establecían disposiciones análogas a las de nuestro artículo 32 de la Ley Hipotecaria²⁰ tendrán un nuevo acomodo y deberán ser interpretadas de otra manera, como debe serlo en nuestro sistema, en el momento en que alcancen el desenvolvimiento técnico al que están irremediablemente llamados. Concluye Roca Sastre que en tales sistemas, las normas que un día fueron puramente de inoponibilidad se convertirán, como hay que entender en nuestro país, en el complemento negativo de los preceptos que sancionan el principio de fe pública registral de forma positiva, determinando que para el tercero hipotecario se considerará, sin posible prueba en contrario, que el Registro es exacto (lo que publica) e íntegro (no existirá para él lo no publicado).

Núñez Lagos²¹ en 1949 encendió la llama de la discusión sobre la autonomía que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (antiguo artículo 23). Cabría destacar igualmente los importantes argumentos estructurales aportados por Lacruz en 1957²², los no menos interesantes que Carretero²³ añadió en 1965 desde el punto de vista de Derecho comparado, la contribución con apoyos de tipo histórico-legislativo que realizó Gómez Gómez²⁴ el año siguiente

¹⁹ Ver nota a pie de página número 17.

²⁰ Cita el artículo 30.1 de la Ley francesa de publicidad fundiaria de 4 de enero de 1955, el artículo 2.644.1 del Código civil italiano, el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria belga de 16 de diciembre de 1851, modificado por la de 8 de julio de 1924, y el artículo 7.º, 1, del Código del Registro predial de Portugal de 8 de octubre de 1959 (al que hoy ha sucedido el artículo 5.º del vigente Código del Registro Predial promulgado por el Decreto-ley número 224/1984, de 6 de julio, no recogido por Roca por razón del tiempo de su publicación). Considero suficiente, sin embargo, transcribir el texto de los dos primeros.

El tenor del precepto francés, tal como lo recoge Roca, es el siguiente: «*Los actos y decisiones judiciales sujetos a publicidad son si no han sido publicados inoponibles a terceros que sobre el mismo inmueble hayan adquirido del mismo autor derechos concurrentes en virtud de actos o decisiones sujetas a la misma obligación de publicidad y publicados o que hayan hecho inscribir privilegios o hipotecas. Son igualmente inoponibles si han sido publicados cuando los actos, decisiones privilegios o hipotecas invocados por estos terceros hayan sido anteriormente publicados.*»

El texto que traduce de la ley italiana es éste: «*Los actos enunciados en el artículo precedente no tienen efecto respecto a terceros que por cualquier título hayan adquirido derechos sobre inmuebles a base de un acto transcrito o inscrito anteriormente a la transcripción del mismo acto.*»

²¹ Cf. NÚÑEZ LAGOS, R. «El Registro de la propiedad...», loc. cit.

²² Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Lecciones...*, op. cit.

²³ Cf. CARRETERO GARCÍA, T., «Retornos...», loc. cit.

²⁴ Cf. GÓMEZ GÓMEZ, M., «En torno...», loc. cit.

y las documentadas razones que Amorós Guardiola²⁵, con independencia de la exigencia expresa contenida en el artículo 34, apuntó sobre la necesidad de un fundamento ético —buena fe— en la protección que debe dispensarse al tercero del artículo 32. En el sector opuesto a la dualidad de terceros, a la autonomía del artículo 32 respecto del artículo 34 es imposible, sería injusto, no destacar la importancia de los argumentos de Roca Sastre²⁶, y Peña y Bernaldo de Quirós²⁷. Un resumen de las razones de uno y otro sector doctrinal podría hacerse así:

A) Para la tesis monista (Roca Sastre, Sanz, Cossío, Peña) sólo hay el tercero de la fe pública, que debe reunir siempre los cuatro requisitos del art. 34 LH. Se apuntan como razones las siguientes:

1.^a Por elegancia en la redacción, el concepto de tercero se centró en el artículo 34 y no se repitieron todos los requisitos en los restantes artículos alusivos a él.

2.^a La falta de toma de razón del artículo 32 es un caso de inexactitud, y si no alude a los demás requisitos tampoco lo hace a la inscripción del tercero, lo que se presupone. El artículo 40 contempla la toma de razón de dicho título como rectificación y señala que la misma no perjudicará al tercero a título oneroso y de buena fe y presupone la previa inscripción²⁸.

²⁵ Cf. AMORÓS GUARDIOLA, M., «La buena fe...», loc. cit.

²⁶ Cf. ROCA SASTRE, R. M., «El problema de la relación...», loc. cit.

²⁷ Cf. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, op. cit.

²⁸ El siguiente esquema revela los casos en que, según ROCA SASTRE (cf., *Derecho...*, op. cit., pp. 541 a 545), procede el juego de la fe pública registral como respuesta a la inexactitud registral y a un caso asimilado a ella.

1.º El Registro es inexacto porque si bien el título inscribible o derecho registrable existe en la realidad jurídica extra-registral, se da alguna de estas circunstancias:

a) Ha llegado a inscribirse o registrarse dicho título o derecho, pero se ha incurrido en error de expresión en el asiento (artículos 31, 220 y 40 c, de la Ley). Ej. Hipoteca asegurada por menos cantidad de la expresada en el título inscrito. El tercer adquirente de la finca sólo soportará el gravamen registrado, si es protegido por la fe pública.

b) No ha llegado a inscribirse o registrarse dicho título o derecho (artículos 32, 13, 15, 69, 76, 144 y 40 de la Ley). Ej. Título constitutivo del usufructo no inscrito, que provoca que al tercero hipotecario no le sea oponible y adquiera la finca libre de cargas.

c) Llegó a inscribirse o registrarse el título, pero, a pesar de subsistir, se canceló el asiento (artículo 40, d, *in fine*, de la Ley). Ej. Hipoteca cancelada erróneamente o usufructo cancelado a pesar de subsistir, no perjudican al adquirente tercero.

2.º El Registro es inexacto porque si bien el título, derecho real o titularidad constan inscritos o registrados no existían en la realidad jurídica extraregistral al tiempo de verificar el tercero hipotecario la adquisición de tal derecho, por darse alguna de estas circunstancias:

a) No ha existido nunca dicho título, derecho o titularidad por falsedad, nulidad u otro defecto del título (letra d y último párrafo del artículo 40 de la Ley).

3.^a Las normas que parecen propias de los sistemas de transcripción, una vez que los sistemas, como el nuestro, evolucionan hacia los de desenvolvimiento técnico, deben interpretarse no como incardinadas en un régimen de transcripción, sino en su tipo evolucionado.

4.^a Peña argumenta que: a) La exigencia en 1861 de tracto y la despreocupación por los medios de inmatriculación impiden pensar que el artículo 23 (hoy 32) lo hacía en los supuestos de inmatriculación. b) En 1944 se suprimió el artículo 23 que reapareció como 32 en 1946, por lo que su trascendencia no puede ser la que se pretende dadas las limitaciones que tenía el Gobierno al hacer el texto refundido. c) La exigencia de previa inscripción puede inducirse del artículo 69, cuyos términos persisten desde la Ley de 1861.

B) Los partidarios de las tesis dualistas (Núñez Lagos, Carretero, Lacruz, Amorós, Díez-Picazo, García García, Chico Ortiz) defienden que los terceros de los artículos 32 y 34 son distintos con base en las siguientes consideraciones:

1.^a Núñez Lagos²⁹ distinguió los terceros externos (que están fuera del Registro) por dominio (artículos 28 y 207 de la Ley)

Ej. Falsificación de documento de adquisición inscrito no perjudica al adquirente del titular registral.

b) Existió dicho título, derecho o titularidad pero al tiempo de adquirir el tercero hipotecario se habían extinguido por haber quedado anulado, resuelto, rescindido, revocado, caducado, renunciado, prescrito, liberado, expropiado, confiscado, etc. (artículos 37 y 40, b y d, de la Ley). Ej. Resolución de compraventa que no accedió al Registro no perjudica al adquirente del titular cuyo adquisición había sido resuelta.

3.^o El Registro es exacto técnicamente y, por tanto, existe el título, derecho o titularidad inscritos o registrados al tiempo de adquirir el tercero hipotecario, pero se hallan amenazados de extinción debido a derrumbamiento por causa de nulidad o resolución, rescisión, revocación u otra análoga que llegue a producirse posteriormente pero sin constar esta causa explícitamente en el registro.

Se refieren a este supuesto, no de inexactitud —al menos claramente cuando la ineficacia del título se produzca con efectos *ex nunc* (desde ahora) o *in personam*— técnicamente, la parte final del artículo 34.1 y el artículo 37 LH. Ej. Revocación de donación al enajenante titular registral con posterioridad a la adquisición del tercero hipotecario.

Lacruz hizo ver que el artículo 34 sólo se refiere a «nulidad y resolución» producidas «después» de la inscripción del tercero hipotecario, y que es el artículo 37 el que complementa tales supuestos con los demás que pueden provocar el derrumbamiento del título adquisitivo del titular registral enajenante con anterioridad o posterioridad a la inscripción del tercero (cf. LACRUZ, BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho...*, 1984, op. cit. pp. 169 a 171).

Vemos, por tanto, que la falta de inscripción de un título provoca, según Roca, la inexactitud registral y permite el juego de la fe pública. Acude también al artículo 40 de la Ley, que la configura como un supuesto de inexactitud y protege al tercero «de buena fe y a título oneroso» de la inexactitud registral y su consiguiente rectificación.

²⁹ Cf. NÚÑEZ LAGOS, R., «Tercero...», loc. cit., pp. 582 y ss. y «El Registro...», loc. cit., pp. 250 y 251.

o por mejor derecho (artículos 194 y 196 ó 44 de la Ley y 1923.4.º del Código civil), de los terceros internos, que son aquellos que accedieron al Registro; dentro de los cuales distinguió los terceros de los artículos 32 y 34 por: 1) La protección que otorgan, aquél frente a las acciones confesorias e hipotecarias y éste frente a la reivindicatoria, nulidad y resolución y *hereditatis petitio*. 2) La relación jurídica determinante, en aquél ajena al Registro y en éste interna. 3) La conexión transversal *ob rem*, en aquél por el título inscrito, gratuito u oneroso, siendo tercero el que no es parte o heredero de parte, y en éste por la inscripción y siempre a título oneroso. 4) El sujeto determinado, en aquél tercero civil que inscribe, y en éste un causahabiente tabular a título registral, definido por el asiento precedente.

2.^a Nuestro sistema protector es mixto: junto a la fe pública, que garantiza al adquirente la exactitud de las titularidades publicadas (y que la inexactitud no le perjudicará) y que gira en torno al artículo 34, pervive el principio de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito, formulado en los artículos 606 y 1.473 del Código civil y 32 y 13 de la Ley (entre otros), que garantiza que el transferente no otorgó ningún acto y que si lo hizo no le será oponible, y que no se apoya en la exactitud del Registro sino en adelantarse en la publicación.

3.^a La inoponibilidad tiene remotos y constantes antecedentes en nuestro Derecho, como recuerda Gómez Gómez³⁰, de los que carece la fe pública. Además, el artículo 34 apareció en la última fase de elaboración de la Ley de 1861, lo cual es incompatible con la supuesta subordinación del artículo 32 al artículo 34³¹; y la regla del artículo 32 es propia de los sistemas latinos (francés e italiano), de los que no llegaron a adoptar la inscripción como modo, tal y como pone de manifiesto Carretero³².

4.^a Ambos artículos y sistemas contemplan distintos problemas, lo que justifica mayor rigor en los requisitos del artículo 34: a) El artículo 34 alude al conflicto entre dos títulos cuando el antecedente resulta ineficaz por causa que no resulte del Registro: se trata de situaciones de patología jurídica (derrumbamiento del

³⁰ Cf. GÓMEZ GÓMEZ, M., loc. cit., 1965, que trata de desvirtuar el planteamiento de Roca Sastre, de la superioridad jerárquica del artículo 34 sobre el artículo 32, poniendo de manifiesto los precedentes históricos que cabe encontrar de este último artículo, a diferencia del artículo 34, formulado por primera vez en 1861. Se refiere tanto a la Pragmática de don Carlos y doña Juana de 1539 como a la de Carlos III de 1768, y a los Reales Decretos de 31 de diciembre de 1829 y 23 de mayo de 1845.

³¹ Cf. NÚÑEZ LAGOS, R., «Tercero...», loc. cit., pp. 573 y ss. Algunos han calificado este dato de pura anécdota, pues no debe darse mayor importancia, desde el punto de vista estructural del sistema, al proceso legislativo que al resultado plasmado en la Ley.

³² Cf. CARRETERO GARCÍA, T., loc. cit.

título inscrito, inexactitud registral, etc.), y supone una adquisición a *non domino* frente a un *verus dominus*. b) El artículo 32 se refiere al conflicto entre título inscrito y no inscrito, al caso típico de doble venta; no protege frente a los defectos del título del transferente o de sus antecesores; como opina Carretero ³³, provoca una adquisición *ex domino*, de alguien que fue dueño pero dejó de serlo, de un no dueño sólo relativamente, mientras en el artículo 34 se adquiere de alguien que nunca fue dueño, y frente a un endeble *dominus*, de «sólo días o meses» El artículo 32 contempla los efectos normales que tiene la inscripción en la conformación del derecho ³⁴.

5.^a Otras razones que se han expuesto en defensa de esta línea argumental son estas que siguen: a) que el artículo 40 de la Ley fue redactado en una época de confusión en esta materia; b) que si el legislador de 1861 fue poco previsor con los medios de inmatriculación, tampoco ello implica forzosamente que la previa inscripción fuera condicionante de la protección del artículo 32; c) que el artículo 69 de la Ley alude a un supuesto hartamente concreto, que no puede desvirtuar principios generales y de estructura básica; y d) que al restaurarse en 1946 el artículo 23 como artículo 32 se estaba armonizando la Ley Hipotecaria con el Código civil, en el que pervivía el artículo 606, siguiendo el mandato que había recibido el Gobierno.

6.^a En la jurisprudencia debe destacarse, frente a una interpretación casi siempre no favorable en épocas pasadas, la *Sentencia de 8 de mayo de 1982* ³⁵, que en su más interesante pasaje, a los efectos que nos ocupan, declaró que:

«... si bien es cierto, y en esto el parecer de la doctrina es mayoritario, que el tercero, —que lo es el que ha inscrito (sic) ex art. 32 LH— no precisa haber adquirido onerosamente para ser merecedor de la protección que le dispensa dicho artículo, sí precisa, por contra, haber adquirido de buena fe, entendiéndose

³³ Cf. CARRETERO GARCÍA, T., «Retornos...», loc. cit.

³⁴ Dentro de esta línea argumental, podría citarse —como hacen otros autores, p. ej. García García—, el valor que la inscripción tiene en el mecanismo transmisorio, y recordar las ya famosas palabras de la Exposición de Motivos tantas veces citadas en el intento de resolver las relaciones entre inscripción y la tradición: «Según el sistema de la Comisión resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro quedando entre los contrayentes cuando no se haga la inscripción subsistente el Derecho Civil. Así, una venta que ni se inscriba ni se consume por la tradición no traspasa el dominio al comprador en ningún caso; si se inscribe ya se los traspasa respecto de todos; si no se inscribe aunque obtenga la posesión esto es aunque medie la tradición será dueño con relación al vendedor pero no con respecto a otros que hayan cumplido el requisito de la inscripción.»

³⁵ Cf. *La Ley*, 1982-3, pp. 531 a 535.

por tal, no la confianza en el Registro, sino la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa, es decir, buena fe extrarregistral, que equivale al desconocimiento del vicio que pueda invalidar el derecho del transferente (S. 29 de mayo de 1970), pues si bien la buena fe se presume no quiere decir ello que se tenga por acreditada por la mera inscripción (S. 11 de noviembre de 1969)...»

Dentro de esta tesis dualista, los autores han discrepado sobre la caracterización del tercero del artículo 32:

1) Mayoritariamente se exige que sea un adquirente de un inmueble o derecho real, negando la condición de tercero al simple acreedor. Por excepción, Álvarez Caperochipi³⁶ admite que quede protegido por la inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito y, por tanto, por el artículo 32, el anotante preventivamente de embargo. La inoponibilidad, así, tutelaría debidamente el crédito.

2) Un sector doctrinal sólo exige a este tercero que inscriba. Son de esta opinión Núñez Lagos³⁷, que mantiene que se tomó como modelo el belga, y Carretero³⁸, que destaca que en los sistemas de inoponibilidad el único dolo excluyente es el de carácter fraudulento.

3) Otro sector doctrinal fija como condiciones que el tercero inscriba y que además sea de buena fe. Cabe citar en él a Amorós³⁹, que hace un análisis de orden histórico, jurisprudencial, sistemático y finalista, y al profesor Díez-Picazo⁴⁰, que entiende que si la protección del tercero supone un sacrificio para otra persona, parece razonable hacerlo en beneficio de una persona honesta. Además, podría apuntarse que en Francia se está abriendo paso la exigencia de buena fe, como resulta de la Sentencia de la Corte de Casación de 13 de octubre de 1981⁴¹.

4) El profesor Lacruz⁴² amplía los requisitos para la protección: es preciso que inscriba, que tenga buena fe y que su adquisición sea a título oneroso. Opina que los intereses son los mismos y que del artículo 40 de la Ley cabe deducir esta exigencia.

5) Con singular unanimidad, los partidarios de esta tesis dualista dispensan al tercero del artículo 32 de la Ley del requisito de la previa inscripción. Recientemente, Pau Pedrón⁴³ ha centrado

³⁶ Cf. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., *Derecho...*, op. cit., pp. 145 y ss.

³⁷ Cf. NÚÑEZ LAGOS, R., «Tercero...», loc. cit. p. 620.

³⁸ Cf. CARRETERO GARCÍA, T., «Retornos...», loc. cit.

³⁹ Cf. AMORÓS GUARDIOLA, M., «La buena fe...», loc. cit.

⁴⁰ Cf. DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit. pp. 391 y 392.

⁴¹ Cf. GARCÍA GARCÍA, J. M., op. cit. p. 348.

⁴² Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho...*, 1984, pp. 190 a 192.

⁴³ Cf. PAU PEDRÓN, A., «Comentario del artículo 606», en VV.AA., *Comen-*

sus esfuerzos por defender la tesis monista precisamente en la «necesidad de una previa situación registral» Sus razones son las siguientes:

a) La adquisición *a non domino* es siempre una consecuencia de la seguridad del tráfico jurídico derivada de la publicidad, entendida como selección de «información relevante», es decir, el que contrata puede confiar en los datos que le proporciona la publicidad.

b) Carece de fundamento que una simple inscripción aislada pueda consolidar una adquisición *a non domino*, pues el simple estímulo a la inscripción no puede considerarse como tal. Por un lado, habría desproporción entre fines y efectos y, por otro, si se pretendiera incentivar el acceso al registro de dichas situaciones mejor se haría exigiendo la previa inscripción del transferente.

c) No se explica que el título del que doblemente dispone no tenga que estar inscrito y el título del que adquirió afectado o sujeto por una causa de resolución o nulidad tenga que estar inscrito, para que el tercero, en cada caso, quede protegido.

d) Del artículo 27 de la Ley Hipotecaria de 1861 hay que extraer la conclusión de que ha de haber un acto o contrato inscrito para que surja el tercero protegido por la Ley Hipotecaria, pues tercero era, según aquél, el que no había intervenido en el acto o contrato inscrito.

e) También se apoya, finalmente, en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 1944, que centró la unidad del concepto de tercero en el artículo 34 y lo definió como el causahabiente del titular registral por vía onerosa; y en los artículos 40 *in fine* y 69 de la Ley Hipotecaria, ya citados.

Los argumentos aportados por Pau no pueden considerarse meras afirmaciones sino aportaciones originales construidas con rigor y altura científica, pero particularmente no me resultan suficientemente convincentes. De seguirlas probablemente habría que concluir que los llamados sistemas de transcripción no tienen razón de ser ni responden a una coherencia interna que todo sistema protector debe tener. Como antes vimos, a pesar de minusvalorar su técnica, Roca Sastre no dejaba de razonar y explicar el sentido que ofrecen estos sistemas: adelantarse en la inscripción, la pura prioridad. Según Pau, todo sistema protector apoyado en la publicidad se justifica por la confianza en lo que afirman sus libros, nunca por una publicidad de tipo negativo. Pero, aunque fuera cierto que sólo hay razón para otorgar protección a un adquirente cuando se publican unos datos y no otros, Pau no otorga importancia alguna a la intervención de la inscripción en el mecanismo

transmisivo, es decir, parte de que siempre se produce una adquisición a *non domino*; cierto que la transmisión opera por contrato más tradición, pero no sería razonable dejar en letra muerta aquellas conocidas palabras de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 sobre la situación existente cuando el comprador obtuvo la posesión pero no inscribió⁴⁴. Todo depende, ciertamente, de que se consideren sustanciales las diferencias entre el caso contemplado por un artículo y otro, como antes traté de reflejar. También he de añadir que el artículo 27 de la Ley primitiva, al que después me referiré, no fue afortunado en varios sentidos y no parece suficientemente consistente para apoyar la solución a tan disputada cuestión: si es cierto que presupone que había un previo acto inscrito, también lo es que permite considerar tercero a quien ni siquiera ha inscrito. Los argumentos recogidos en último lugar en parte ya han sido comentados y, en lo que respecta a la referencia a la Exposición de Motivos de la Ley de 1944, lo serán más adelante.

Por mi parte, soy partidario de la vigencia de la inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito en nuestro Derecho, su encarnación en variados preceptos, entre los que son fundamentales los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 y 1.473⁴⁵ 4 del Código Civil, y, en definitiva, en que hay dos terceros protegidos por el Registro de la Propiedad. Razones para mostrarse de acuerdo con estas afirmaciones se han dado por brillantes plumas y, en todo caso, bastaría plegarse al argumento de autoridad: hoy en día reconoce Peña y Bernaldo de Quirós⁴⁶ que es mayoritaria esta dirección (y viniendo de quien no es partidario de ella es del todo punto relevante). Yo no encuentro razones para limitar la eficacia del Registro de la Propiedad en su función tuteladora del tráfico jurídico: ¿por qué razón no va a ser protegido el segundo comprador que inmatricula su finca?; es un supuesto retorcido, ¿pero si imaginamos un supuesto de doble donación, por qué no otorgar protección a quien inscribe en el Registro?⁴⁷

Es cierto que el inmatriculante no confió en la titularidad que proclamaba el Registro, no adquirió confiado en que el transferente era propietario porque así lo declaraba el Registro; pero este razonamiento sólo contempla la protección de la fe pública. Ahora

⁴⁴ Ver nota a pie de página número 34, donde se recogen tales palabras.

⁴⁵ Cf. PAU PEDRÓN, A., «Comentario...», loc. cit., pp. 1535 y 1536, en las que el actual Director General de los Registros y el Notariado aporta una original perspectiva sobre las relaciones entre los artículos 606 y 1.473 del Código civil, que en su opinión no se refieren al mismo supuesto.

⁴⁶ Cf. PEÑA Y BERNARDO DE QUIRÓS, M., *Derechos...*, op. cit., p. 597.

⁴⁷ Cf. MONTERO LEÓN, J., «Adquisición de inmuebles por donación», R.C.D.I., 1992, sept.-oct. (612), pp. 2137 y 2138. Se muestra partidario el mismo de aplicar el artículo 32 de la Ley Hipotecaria a este supuesto.

pensemos en la inoponibilidad: se protege la apariencia negativa. El comprador si pudo confiar en que el vendedor no había vendido antes la finca que aquél iba a comprar y si el Registro no le decía que el vendedor era propietario sí le revelaba que no había habido alguna transmisión, sencillamente porque no había ninguna inscripción. Si se proporciona al comprador la garantía de que será protegido una vez inmatricule la finca se estará tutelando también el tráfico jurídico sobre fincas no inmatriculadas, y no hay que olvidar que todavía hay muchas superficies sin inscribir en nuestro país.

Desde la perspectiva de la fe pública, tampoco se encuentra mucha razón en proteger al adquirente a título gratuito más de lo que estuviere su causahabiente (a pesar de que en Alemania y Suiza sí queda protegido el adquirente a título gratuito). No hay confianza que proteger en lo que el Registro publicaba: no se imagina a alguien consultando el Registro para ver si debe aceptar una donación (distinto sería que la donación fuera en cierta medida onerosa o remuneratoria). Se podría recordar aquel popular refrán que aconseja no inspeccionar los incisivos de un presente de naturaleza equina. Ya Galindo y Escosura señalaron en su día, que la exigencia de onerosidad en la adquisición introducida, a efectos del artículo 34 de la Ley, por la Ley de 17 de julio de 1877, en general aplaudida, mereció alguna censura aislada: una adquisición gratuita hace variar la fortuna del favorecido y éste puede contraer compromisos que no le serían fácil de cumplir sin ella, originándosele perjuicios económicos que tampoco parece justo que sufra. Considero que en sede de fe pública no parecen estimables tales razones: no parece justo que un *verus dominus* sea privado en favor de un donatario que recibe la donación de alguien que no era dueño. Pero sí habría motivo para protegerle en el ámbito de la inoponibilidad: sería interesante que el donatario pudiera poner su confianza en que si inscribe su adquisición ésta producirá sus efectos *erga omnes*, y sin que ello suponga ponerle a salvo de los vicios de la titulación de su benefactor.

En fin, no voy a insistir más en la necesidad ni en los saludables efectos que para el tráfico tiene tutelar no sólo la confianza en lo que el Registro publica, sino la confianza en lo que no publica, en la conveniencia de otorgar protección a quien, de buena fe, trata de que su titularidad sea perfecta y oponible *erga omnes*, y sabido es que la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, como antes transcribimos en parte en una nota a pie de página, quería otorgar a la inscripción el efecto de convertir la titularidad registrada en una titularidad superior sobre la no registrada.

Si admitimos que la inoponibilidad pervive en nuestro Derecho, y que el fundamento de la protección que emana de la misma no se halla en la confianza en lo publicado por el Registro sino

en la propia publicación conseguida por el tercero de su acto adquisitivo, de una situación jurídica protegida a su favor, resulta, por vía de consecuencia, que dicho tercero, en nuestro caso el tercero del artículo 32, no necesitará adquirir de quien en el Registro resulte dueño (se protegerá, pues, al inmatriculante), ni adquirir a título oneroso (es decir, podrá protegerse a quien no haya verificado ninguna contraprestación). Estoy plenamente de acuerdo con Díez-Picazo y Amorós Guardiola en la exigencia de buena fe, si bien, a los efectos de este estudio, no considero imprescindible delimitar las fronteras entre la mala fe-conocimiento y la mala fe-fraude. Lo decisivo aquí será si el tercero del artículo 32 tiene que ser tercer adquirente, lo que se ha utilizado para negar al anotante preventivamente de embargo la protección que dimana de tal precepto ⁴⁸.

III. EL TERCERO DEL ARTÍCULO 32 Y LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

Tercero civil es, en definición dada por Roca Sastre ⁴⁹, «*el que no es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar*

⁴⁸ Para otro trabajo posterior remito el análisis de la posición jurídica del anotante preventivamente de embargo. La doctrina mayoritaria defendió que un tipo concreto de anotaciones preventivas tienen como función o finalidad constituir una garantía registral de tipo hipotecario en favor del anotante, con lo que implicaría un derecho de realización de valor sobre la cosa anotada y con determinada prelación. La anotación de embargo, en este sentido y sin prejuzgar sus efectos, podría considerarse un derecho real de garantía. Díez-Picazo (cf. *Fundamentos...*, op. cit., p. 412; también en «Anotaciones preventivas», R.D.N., mayo-junio, 1964) consideró aquella dirección «profundamente inexacta», pues la anotación ni crea un derecho ni altera la naturaleza del existente, sino que simplemente le da acceso al Registro y le otorga una determinada protección. Así, este autor considera que el embargo es un verdadero derecho real que otorga el *ius disponendi* sobre la finca trabada para la satisfacción del crédito. No han faltado quienes han defendido que el embargo es una mera facultad procesal y que su anotación sirve para darle cierta preferencia y protección frente a otros actos o créditos posteriores (cf. RIFA SOLER, J. M., *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, 1983, Ed. Montecorvo, p. 227; en general, sobre esta cuestión, pp. 154 a 257). También se ha apuntado que la anotación no tiene por finalidad conseguir que el embargo produzca efectos frente a terceros, pues éste los produce por sí; la misión de aquélla es evitar que en algún caso pueda quedar inefectivo el embargo trabado (p.ej., por aparecer un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria). Así, CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, Barcelona, 1991, Bosch, pp. 78 a 80. Puede consultarse igualmente RIVAS TORRALBA, R., *Anotaciones de embargo*, Madrid, 1992, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, pp. 51 a 87. Dado el paralelismo que se suele apreciar entre la hipoteca y la anotación preventiva de embargo que venimos examinando, puede consultarse el criterio de CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Notas críticas sobre la naturaleza del derecho real», R.D.P., 1949, mayo, pp. 377-422.

⁴⁹ Cf. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho...*, op. cit., p. 607.

fuera de ella y no haber participado como parte en su formación o desenvolvimiento». El artículo 27 de la Ley de 1861 (intocado hasta 1944) decía que «para los efectos de esta ley se considera tercero a aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito». Planteaba dos paradojas, tal como señaló Dualde⁵⁰: por un lado, que parecía considerar tercero a quien moraba en el extrarradio del Registro, cuando la ley quería proteger a quien ingresara en él; por otro, que originó tal debate sobre quién era tercero, que bien pronto se reveló demasiado aventurado y optimista llamar a la LH «Ley de Terceros» sin más. La Exposición de Motivos de la Ley de 1944 señaló que ésta precisó el concepto de tercero en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y que a los efectos de la fe pública «no se entenderá por tercero el *poenitus extraneus*, sino únicamente el tercer adquirente, es decir, el causahabiente de un titular registral por vía onerosa». No encontramos, pues, un concepto de tercero a los efectos de la inoponibilidad: el artículo 27 de la Ley de 1861 se comenta por sí solo; su insuficiencia se revela en la polvareda doctrinal que levantó y es apuntillada por la aguda observación de Dualde. Por otra parte, la manifestación de la Exposición de la Ley de 1944 no la podemos tomar sin reservas: no sólo se está refiriendo al tercero en el ámbito de la fe pública, sino que la Ley se olvidó, como antes dejamos dicho, del sentido de la inoponibilidad. Ante este panorama, ¿hay razones que justifiquen un distinto tratamiento, en este punto, entre el tercero de la fe pública y el de la inoponibilidad? Yo creo que sí, como voy a tratar de demostrar.

La distancia que media entre la fe pública (y la legitimación registral) y la inoponibilidad es la que va desde un Registro que publica titularidades sobre derechos reales inmobiliarios a un Registro de títulos, de actos. El Registro de la Propiedad en Francia o Italia es un Registro de actos: se publican actos de trascendencia real sobre bienes inmuebles. Cuando se dice que el anotante preventivamente de embargo no puede quedar protegido en nuestro Derecho porque nuestro sistema hipotecario garantiza titularidades sobre bienes inmuebles se está olvidando que también en esto nuestro Derecho es mixto: ¿qué es lo que se inscribe?⁵¹ Sabido

⁵⁰ Cf. DUALDE, J., «Todavía...», loc. cit. pp. 350 y 342, respectivamente.

⁵¹ Cf. AMORÓS GUARDIOLA, M., *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1967; MANZANO SOLANO, A., *Derecho Registral Inmobiliario para iniciación y uso de universitarios*, vol. 1, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991. Menciono a ambos autores porque han aportado soluciones originales en la determinación del verdadero objeto de la inscripción, que el primero cifra en la relación jurídica registral y el segundo en el estado registral de los derechos. Tratan con ello de superar la aparente contradicción de distinguir entre lo que se inscribe y lo que se publica tesis que parece hoy mayoritaria.

es que han pugnado quienes sostuvieron que el nuestro es un Registro de títulos o de actos y los que entendieron que es un Registro de derechos. Lacruz⁵² atendió más a la forma de ser de la cosas, opinión que comparte Díez-Picazo⁵³. Es evidente que al Registro llegan actos: compraventa, donación, permuta, etc. El juego de la tradición es complicado, pero en general se estima necesaria y facilitado su respeto por la vía de la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código civil (aunque el alcance de la equivalencia que establece es discutido). Pues bien, una vez que se inscriben tales actos, que una persona vendió a otra, le hizo una donación o permutó con ella una finca, el Registro publica tal causa de la mutación pero, sobre todo, que hay un nuevo adquirente, que una persona tiene un derecho, en definitiva, su titularidad. La legitimación registral y la fe pública no hacen otra cosa que afirmaciones de titularidades. Por tanto, nuestro sistema es también aquí mixto: se inscriben actos y se publican titularidades; es decir, no sólo se garantizan titularidades sino se indica si tuvieron lugar o no determinados actos. Y la existencia de tales actos interesa o puede interesar, no sólo a terceros adquirentes de derechos reales, sino a toda persona que tenga a su favor una situación jurídica protegida que pueda acceder al Registro.

Las anotaciones preventivas es cierto que enervan el juego de la fe pública registral. También es cierto que su relación con el principio de prioridad está imperfectamente contemplada. Pero no lo es menos que la anotación otorga cierta prioridad al anotante en distintos casos. El artículo 54 de la Ley⁵⁴ es un ejemplo; otro es el mismo artículo 44 de la Ley⁵⁵. Quiero decir que la prioridad juega con relación a algunas anotaciones, y en particular a la anotación preventiva de embargo. Lo que no se entiende es que quienes consideran que el artículo 32 de la Ley responde a la inoponibilidad y, por tanto, están negando que la prioridad material que otorga la inscripción (o la anotación) deba estar condicionada por el juego de la fe pública, es decir, que sólo la prioridad que está respaldada por la fe pública registral puede surtir efectos, no ter-

⁵² Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho...*, 1984, op. cit. pp. 83 y ss.

⁵³ Cf. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., pp. 276 y ss.

⁵⁴ «La anotación pedida fuera de término podrá hacerse sobre bienes anotados dentro de él a favor de otro legatario siempre que subsistan en poder del heredero; pero el legatario que la obtuviere no cobrará su legado sino en cuanto alcance el importe de los bienes después de satisfechos los que dentro del término hicieron su anotación.»

⁵⁵ «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo tercero y cuarto del artículo 42 tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923 del Código civil.» Los que menos valor le han reconocido a la anotación le han otorgado preferencia (prioridad) frente a los créditos posteriores a la anotación.

minen de admitir esta aplicación de la anotación preventiva de embargo.

En definitiva, la inoponibilidad no requiere como presupuesto, que se trate de un tercer adquirente de un derecho real (como sí hemos visto es normal que se exija para la protección de la fe pública registral). Si estas notas que hemos apuntado no convinieran de ello no hay más que cruzar los Pirineos y enfrentarnos con el régimen de la inoponibilidad francés, que lo regula con detalle. Peña y Bernaldo de Quirós realizó un completo examen del régimen registral del país vecino⁵⁶ y el juego de la inoponibilidad en este sistema es sumamente revelador. Del trabajo de Peña cabe extraer las siguientes conclusiones para determinar las condiciones y alcance de la inoponibilidad:

1.º *Debe de tratarse de supuestos previstos legalmente en que opera la inoponibilidad*, pues junto a actos que se publican para lograr el efecto de oponibilidad hay otros en que la publicidad es meramente informativa; así, p. ej., las limitaciones administrativas a la propiedad afectan a tercero siempre, estén o no inscritas.

2.º *Ha de tratarse de un tercero adquirente, aunque a veces es protegido un simple acreedor*, supuestos entre los que llama la atención el caso del mandamiento de embargo inscrito, que prevalece frente a las transmisiones no inscritas.

3.º *El tercero debe publicar su derecho*, si bien en algunas ocasiones (p.ej. donaciones de bienes susceptibles de hipoteca) el defecto de inscripción podrá ser opuesto por cualquier interesado (artículo 191 del Código civil francés) y, en su consecuencia, por los acreedores e incluso por los no privilegiados.

4.º *No se exige la previa inscripción del transmitente como condición sustantiva sino meramente formal* (en virtud del efecto relativo de la publicidad), es decir, que imposibilita la práctica de la inscripción del tercero, pero basta que se dé en el momento de la segunda inscripción (a favor del tercero) y no se trata de una condición sustantiva en la que hubiera de fundar su confianza el tercero al adquirir.

5.º *No se requiere que la adquisición sea a título oneroso*.

6.º *Se plantea el problema de si el tercero ha de tener buena fe*, siendo así que si bien tradicionalmente no contaba la mala fe-conocimiento sino la mala fe-fraude (aunque bien es verdad que era difícil imaginar un supuesto de mala fe sin fraude), actualmente se incluye la mala fe-conocimiento, como hicieron, p. ej., las sentencias de la Corte de Casación de 22 de marzo de 1968 y de 13 de octubre de 1981, lo que es criticado por algunos

⁵⁶ Cf. PEÑA Y BERNADO DE QUIRÓS, M., «El sistema registral francés», R.C.D.I., 1963, pp. 721 a 795.

autores, entre ellos los franceses Mazeud⁵⁷, quienes opinan que sólo debería de considerarse que hay mala fe cuando desde el primer momento el vendedor y el segundo adquirente se hubieran puesto de acuerdo en despojar al primer adquirente, pero no cuando al celebrar la primera venta era ajena al vendedor toda idea de engaño. En todo caso, señala Lacruz⁵⁸ que la jurisprudencia ha entendido que si el segundo adquirente conocía la primera enajenación no incurre en fraude sino en culpa y así la transmisión no es nula, sino inoponible al primer comprador, por lo que si dicho adquirente de mala fe transmite a un subadquirente de buena fe, éste adquiere válida y firmemente y puede oponerla, mediante la inscripción, al primer adquirente.

7.º Ha de tratarse, en general, de *terceros que publican el acto frente a terceros que no lo publican y que tienen su título de procedencia del mismo causante o «auctor»*, pues si provinieran de distintos causantes prevalecería quien trajera su derecho del verdadero titular, esté o no inscrito, dada la ausencia del presunción de exactitud.

8.º Se establece, pues, con toda su fuerza el *principio de prioridad en sentido material*, si bien debe señalarse que el rango no se determina conforme a un criterio absolutamente cronológico, ya que si se trata de títulos presentados el mismo día prevalece, en principio, el más antiguo, y si son de igual fecha (Ripert-Boullanger⁵⁹, en tal caso, opina que prevalecerá el que aparezca como primero en el Libro-Registro de presentaciones), el que lo sea de hipoteca o embargo, considerándose en otro caso de igual rango las inscripciones. Ahora bien, existen reglas especiales en caso de solicitud simultánea de publicación de varios embargos, y en materia de hipotecas y privilegios que no podemos examinar. Por contra, *cabe destacar la ausencia del principio de prioridad en el sentido de cierre registral* (salvo en caso de hipotecas y privilegios), pues es posible, y aun obligado, registrar a propósito de una misma finca una doble serie de transmisiones.

9.º Finalmente, se requiere que la inscripción o retraso no se deba al mismo tercero (a quien incumbía la inscripción) o a sus causahabientes a título universal.

Nada mejor para caracterizar el tercero de la inoponibilidad, de la prioridad, que acudir a un sistema que lo contempla con mayor detalle que el nuestro y con la lógica del todo armónico. Se observa, por tanto, que conforme a la regla de inoponibilidad

⁵⁷ Cf. GARCÍA GARCÍA, J. M., op. cit., p. 348.

⁵⁸ Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho...*, 1984, op. cit., p. 27.

⁵⁹ Cf. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., «El sistema...», loc. cit., pp. 773 y 774.

pueden quedar protegidos adquirentes a título gratuito o inmatriculantes, pero sobre todo que por dicha regla pueden quedar tutelados los acreedores que vean publicados sus embargos frente a los que no hayan inscrito sus títulos. Se podría decir, inmediatamente, que parece excesivo aplicar doctrinas foráneas para interpretar preceptos nacionales. Pero frente a ello no sólo se podría enfrentar la importancia que el Derecho comparado ha tenido siempre en el Derecho Inmobiliario Registral, sino también que la interpretación que propugnamos es netamente nacional, toda vez que el efecto de inoponibilidad fue establecido en Pragmáticas Reales y, en la última de ellas, respecto de los Oficios-Contadurías de Hipotecas, a lo que cabe añadir que el Decreto de 23 de mayo de 1845 estableció (artículos 30 y 40) tal efecto en favor de los embargos publicados. Ciertamente que en el régimen de las Contadurías el título anterior no inscrito recobraba la prelación con su inscripción, y el asiento registral no daba una prioridad material como hoy la entendemos. Pero precisamente la Ley Hipotecaria estableció esta preferencia por la inscripción, la regla *prior tempore...*, con toda su potencia.

La consecuencia defendida, por tanto, es que el embargo anotado con anterioridad a los títulos provenientes del mismo *auctor* es preferente y oponible a éstos, o a la inversa, éstos son inoponibles a aquéllos. Pero, ¿y si el título de transferencia anterior a la anotación es anterior al embargo, de tal suerte que en el momento de producirse la traba ya se había transmitido la propiedad del bien embargado?

La inoponibilidad, ya lo advirtió Peña en el trabajo últimamente comentado sobre el sistema francés, parece guardar cierta relación aquí con la inscripción constitutiva o con el principio de fe pública registral. Me explico. Utilicemos el caso de la doble venta. A vende a B y después vuelve a vender a C. C se adelanta en la inscripción. Si C resulta finalmente propietario habrá que explicar cuál fue la situación al producirse la segunda venta. O bien hay que mantener que la primera transmisión no llegó a consumarse en su plenitud, pues le faltaba un requisito que no se cumplió —inscripción— o bien hay que suponer que sí lo fue, supuesto en el que C habría adquirido de un *non domino*. La solución, desde luego, no es fácil. El mismo Roca Sastre se jactó de la tortura que para la doctrina italiana significaba explicar el resultado de la inoponibilidad en su país⁶⁰. Junto a las dos tendencias citadas, esto es, recurrir a la adquisición a *non domino* o a la inscripción como elemento constitutivo, se abre paso una tercería vía, que admite diversas tendencias. Una de ellas, la más llamativa a mi juicio, es la de la «propiedad relativa» Ciertamente que

⁶⁰ Cf. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario...*, op. cit., pp. 569 a 571.

esta tendencia no ha sido correctamente perfilada por la doctrina italiana y que ha sido impugnada por no pocos autores. Pero si se pone en relación con las palabras ya transcritas de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 sobre el valor de la inscripción en relación con la tradición y el proceso de transmisión de inmuebles en nuestro Derecho, no es en absoluto desechable. Una venta consumada por la tradición, decía la Exposición de Motivos, transmite la propiedad frente al comprador, pero no frente a terceros. Esta transmisión con eficacia frente a terceros sólo se lograría con la inscripción. Por ello podría concluirse que el embargado, tanto para el Juzgado como para el embargante, continuaba siendo dueño y, por tanto, la traba estaba correctamente realizada.

IV. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO Y FE PÚBLICA REGISTRAL

El tercer problema tiene, a mi juicio, una solución que ya se puede intuir. Uno de los requisitos del acto de la traba tiene que ser, evidentemente, que el bien trabado sea propiedad del deudor contra el que se dirige el proceso. Tanto desde el punto de vista de todo acto procesal como del embargo en su individualidad, la traba que no respetase este presupuesto sería nula y contagiaría de nulidad todo el procedimiento de ejecución.

En la primera cuestión nos puede auxiliar Martín de Leona Espinosa, que en una reciente monografía aborda la cuestión de los requisitos de los actos procesales⁶¹. Desde luego, el problema que nos ocupa no incidiría en los requisitos de carácter formal. mayor duda pudiera plantear su ubicación en los de signo subjetivo: No afecta, por supuesto, a la capacidad; sí, en cierta medida, a la legitimación. En cualquier caso, con el citado profesor cabe concluir que por ser una cuestión material no es un requisito necesario para la válida actuación procesal de las partes; también se podría apuntar que, en definitiva, en estos casos jugaría la llamada legitimación extraordinaria o por apariencia⁶², derivada de la titularidad registral y de la presunción de exactitud (principio de legitimación). Donde claramente debe residenciarse el examen es en los requisitos de carácter objetivo. Desde el punto de vista de la posibilidad, idoneidad o la causa, el embargo sobre bienes de una persona para satisfacer la condena pecuniaria de otra no

⁶¹ Cf. MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J. M., «La nulidad de actuaciones en el proceso civil», Madrid, 1991, Colex, pp. 42 y ss.

⁶² Vid. LADARIA CALDENTEY, J., «Legitimación y apariencia jurídica», Barcelona, 1952.

se sostiene. Su objeto no sería viable desde un punto de vista moral o ético, tampoco jurídico. Carecería de una causa justificativa de ese perjuicio deparado para el dueño de los bienes embargados. En definitiva, el acto no reuniría los requisitos que para su validez y eficacia exige el Derecho.

En cuanto al segundo aspecto, suscribo totalmente las siguientes afirmaciones de Cachón Cadenas ⁶³:

«Para que un bien (derecho) pueda ser objeto de embargo en un proceso concreto, no basta con que resulte alienable en el sentido indicado en el capítulo precedente. El ordenamiento exige un nuevo requisito: que el bien pertenezca al ejecutado. Este requisito de embargabilidad se halla plasmado a lo largo de toda la regulación del proceso ejecutivo (así, en los arts. 1.442 1.455 y 1.532 LEC, entre otros preceptos legales). Se trata de una exigencia que deriva directamente de la propia estructura del proceso de ejecución civil. Comienza este proceso a instancia de una persona (ejecutante) que formula una pretensión frente a otra (ejecutado). Las consecuencias desfavorables o perjudiciales que implique la satisfacción de aquella pretensión si la misma es procedente han de recaer sobre la persona frente a la cual se ha deducido o sea el ejecutado. Y dado que la pretensión posee naturaleza patrimonial debe ser el patrimonio del ejecutado el que sufra las consecuencias a que se ha hecho referencia. El embargo concreta los bienes que han de ser utilizados como medios o instrumentos para la satisfacción de la pretensión ejecutiva. En consecuencia si la traba se practica sobre bienes pertenecientes a una persona distinta del ejecutado ello equivale a desviar los efectos negativos de la ejecución o si se prefiere la ejecución misma hacia alguien que no tiene por qué padecer aquéllos ni ésta al no ser el sujeto contra el que viene formulada la pretensión ejecutiva. Como señala Guasp, sería inconsecuente teóricamente y prácticamente injusto que otra persona distinta soportara en su patrimonio la consecuencia de una ejecución en la que no figura como sujeto pasivo. La doctrina reconoce que la exigencia de que los bienes embargados pertenezcan al ejecutado es esencial o conatural al proceso de ejecución.»

Situados ante la hipótesis de que los bienes embargados no pertenecieron nunca al sujeto pasivo del proceso de ejecución, bien porque no los llegó a adquirir nunca, bien porque su adquisición devino ineficaz, la única vía para mantener la eficacia de la garantía que la anotación preventiva proporciona al anotante sería acudir a los efectos taumatúrgicos de la fe pública registral. Y por todos es sabido que la fe pública sana el vicio de la inexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente-titular

⁶³ Cf. CACHÓN CADENAS, M. J., «El embargo», Barcelona, 1991, Bosch, p. 220.

registral en favor del tercero hipotecario, pero nunca los vicios de que adoleciera el título de adquisición del tercero. Es decir, la adquisición o el título inscrito, debe ser válido. La inscripción, como señala el artículo 33 de la Ley, no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. Por tanto, y en contra de lo sostenido por García García⁶⁴, no considero que el anotante preventivamente de embargo pueda estar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni, por consiguiente, pueda ser favorecido por la fe pública registral en este caso, es decir, cuando el bien embargado ya no pertenece al deudor ejecutado. La sentencia de 12 de febrero de 1988 ya vimos que otorgó al anotante de embargo esta protección de la fe pública, pero sin mucha convicción ni precisión, tal como dejamos apuntado.

Tampoco reuniría otras condiciones. No habría contraprestación que hiciera del anotante un tercero protegido por la fe pública (no puede considerarse tal el pago de lo que corresponda por Actos Jurídicos Documentados). Tampoco habría adquirido derivativamente, pues no habría habido un negocio dispositivo, que es lo que quiere tutelar la fe pública registral.

Oviedo, Navidad de 1992.

⁶⁴ Cf. GARCÍA GARCÍA, J. M., «El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo. Hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español», en Ponencias y Comunicaciones presentadas al VII Congreso Internacional de Derecho Registral, Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1988, pp. 274 y 275.

BASES HISTÓRICAS Y FILOSÓFICAS Y PRECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DERECHO DE AUTOR

JUANA MARCO MOLINA

Profesor Titular interino de Derecho civil. Universidad de Barcelona

SUMARIO: PRIMERA PARTE: LOS INICIOS DE LA PROTECCION AL AUTOR: I. LA ETAPA DE LOS PRIVILEGIOS: 1. Del privilegio del impresor al del autor; 2. Del privilegio al derecho del autor.—II. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO SOBRE LA OBRA DEL INGENIO COMO DERECHO DE PROPIEDAD: 1. La noción de «propiedad del autor» en Europa; 2. La noción de «propiedad del autor» en textos de Derecho positivo: los Decretos franceses de 1791/93 y el «Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten» (1792/94); 3. La incorporación de la noción de «propiedad del autor» al ordenamiento jurídico español.

SEGUNDA PARTE: LA LEY SOBRE PROPIEDAD LITERARIA DE 10 DE JUNIO DE 1847: I. SUS PRECEDENTES LEGISLATIVOS.—II. CONTEXTO Y PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA LEY DE 1847.—III. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA LEY ESPAÑOLA DE 1847.

TERCERA PARTE: LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 10 DE ENERO DE 1879: I. EL DEBATE EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE AUTOR EN EL ÚLTIMO TERCIO DEL SIGLO XIX—II. LA ELABORACIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO DE AUTOR: 1. La aproximación a la naturaleza del derecho a partir de elementos negativos; 1.1. El carácter incorporal del objeto del derecho; 1.1.1. La delimitación del objeto del derecho a partir de construcciones de la Filosofía: Fichte y Hegel; 1.1.2. La influencia de las construcciones filosóficas en la ciencia del Derecho; 1.2. Los elementos no patrimoniales del contenido del derecho; 1.2.1. La influencia de Kant; 1.2.2. *Personalistas* «versus» *patrimonialistas*; 2. Las construcciones alternativas a la «geistiges Eigentum»; 2.1. El derecho sobre bienes inmateriales; 2.2. El derecho de autor como uno de los derechos de la personalidad.—III. LA ELABORACIÓN DE LA

LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 10 DE ENERO DE 1879.—IV. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA LEY—V. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO PROPIEDAD ESPECIAL. Las llamadas «propiedades especiales»: 1. La incorporación de la categoría al Código civil; 2. El origen de la categoría. El porqué de su formulación; 2.1. Los objetos regulados por leyes especiales en el Proyecto de Código civil de 1851; 2.2. Las «propiedades especiales» en el Código civil; 3. Las propiedades especiales como categoría autóctona del Derecho español.

PRIMERA PARTE

LOS INICIOS DE LA PROTECCIÓN AL AUTOR

Es pretensión primordial de este trabajo mostrar el carácter de institución común europea (o, si se prefiere, occidental) que cabe asignar al derecho de autor. Existe, en efecto, un substrato común de ideas y un desarrollo también más o menos común —aunque no necesariamente sincrónico— de acontecimientos históricos y legislativos del derecho de autor. Es por ello que se presentan los hitos fundamentales de tal proceso en el ordenamiento jurídico español enmarcados en el contexto más amplio de las ideas y acontecimientos de los siglos XVIII y XIX en Europa.

A la hora de recrear el ambiente de dicha institución, se ha prescindido de los datos más comúnmente repetidos en los trabajos hasta ahora existentes sobre la materia, así como de aquéllos que, aun siendo ilustrativos desde un punto de vista cultural, han parecido de escasa influencia en el desarrollo jurídico que se pretende trazar ¹.

¹ Nos resistimos, sin embargo, a omitir el manido dato (tomado, sin duda, por la mayoría de los autores de la monografía de 1838-39 del francés RENOARD; *vid.* Bibliogr.) del origen del vocablo «plagio» en el poeta hispanorromano Marco Valerio MARCIAL (s. I a. J. C.), dado que, aunque en versión castellana, hemos podido localizar el citado epigrama o, mejor dicho, epigramas, puesto que, a pesar de que RENOARD (tomo I, pág. 16) cita sólo el n.º 53, hemos visto que son dos los que utilizan la expresión.

Vid. así Marco Valerio MARCIAL, *Epigramas*, traducidos en parte por Jáuregui, Argensola, Iriarte (Don Juan), Salinas, el P. Morell y otros, y el resto por D. Víctor Suárez Capalleja, con notas y prólogo del mismo, Madrid, 1919, págs. 44-45, epigramas 53 y 54.

Epigrama 53
«Nombra a Quintiano
defensor suyo»

Yo te recomiendo Quintiano,
mis libros
Si es que yo pudiere
Decir que son míos,

Epigrama 54
«Al plagiario Fidentino»

En mis libros, Fidentino,
No hay más que una sola
página
A tu modo, y en tal guisa

I. LA ETAPA DE LOS PRIVILEGIOS

1. Del privilegio del impresor al del autor

El germen del moderno derecho de autor, al menos en su faceta patrimonial², se sitúa en los llamados privilegios de imprenta³.

En un primer momento, lo relativo a la impresión de obras se encuentra tratado en disposiciones que no son de carácter civil, sino con las que el poder público reglamentaba cuestiones para

Cuando los recita
 Vate, que es tu amigo:
 Mas si se quejaren
 Del grave servicio,
 Sirveles de apoyo,
 Préstales auxilio;
 Y si el tal añade
 Que ha en ellos dominio,
 Quiero que le digas
 Que son sólo míos
 Y que yo, su dueño,
 Los he manumiso.
 Si tres, cuatro veces
 Le avisas tal dicho
 Veráse el plagiaro
 De rubor corrido (74)

Presenta el sello de fábrica
 Que a grandes voces publica
 Tus plagios y bribonadas.
 Así la capa de Lingón
 Aplicada a la violácea
 Purpúrea veste de un rico
 La cubre de sucia grasa
 Así vajilla de Arecio
 Vasos cristalinos mancha
 Cuando por acaso vaga,
 Del Caístro en las orillas,
 Con cisnes, aves amadas
 De Leda; así nos ofende
 El escuchar de la urraca
 Los gritos entremezclados
 A las canciones galanas
 con que Filomela hinche
 Los bosques y selvas sacras
 Mis libros no necesitan
 De acusación, ni de guarda:
 Por el contrario, a ti acusan,
 Y contra tí se levantan
 Tus páginas, y «¡Ladrón!»
 A voz en grito te llaman.

Vid. asimismo la Nota 74 de los propios traductores en la pág. 312: «La palabra “plagiarius” era una voz de derecho, con la cual se designaba al culpable del crimen llamado “plagium”, que consistía en vender al esclavo ajeno como propio, o a un hombre libre como esclavo. A MARCIAL se le ocurrió aplicar este nombre al ladrón de sus escritos; y esta metáfora ha tenido tal éxito, que hoy es ya el término corriente para señalar esta especie de ladrones.» Sobre la distinción entre «plagium» (robo de hombres) y «furtum» (robo de objetos), *vid.* KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, München, 1975, II, pág. 434, nota 14.

² En cuanto a los intereses personales del autor, los autores que, como BAPPERT, han trabajado a fondo sobre los primeros tiempos de la institución apuntan a un cierto reconocimiento de ese orden de intereses incluso en la Antigüedad (*vid.* BAPPERT, Walter, *Wege zum Urheberrecht. Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedankens*, Frankfurt am Main, 1962, pp. 11-93).

³ «Ce mot de “privilège” a dominé toute la période comprise entre le début du XVI^e siècle et la fin du XVIII^e non seulement en France mais dans toute l’Europe: il a eu sur le développement du droit d’auteur une importance primordiale...» (así VILBOIS, Jean, *Du domain public payant en matière de droit d’auteur*, Paris, 1928, p. 354).

él de bastante más interés (censura, comercio de libros y disciplina de imprenta)⁴; con motivo de las mismas, se contemplaban los privilegios de impresión. En esta fase, se inscriben las primeras leyes que forman el Título XVI («De los libros y sus impresiones, licencias y otros requisitos para su introducción y curso») del Libro 8.º («De las ciencias, artes y oficios»), de la Novísima Recopilación de las Leyes de España.

Del examen de dichas disposiciones, resulta que su destinatario no era el autor, sino el impresor-librero; de una parte, era éste el sujeto a quien se imponía la carga de exhibición del libro ante la autoridad administrativa⁵, presupuesto tanto de la censura del libro como de la obtención del privilegio⁶. Pero, además, se constata que, durante los tres primeros siglos que siguieron al descubrimiento de la imprenta, fue el impresor-librero, y no el autor⁷, el beneficiario del privilegio⁸. Con dicha concesión, se retribuía

⁴ GUTIÉRREZ, Benito, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español* (3.ª ed.) Madrid, 1871, tomo II, p. 470: «Por la indicación de estas leyes se comprenderá que todas las de aquella época y la mayor parte de las del título se relacionaban con asunto de más interés que el de la propiedad literaria objeto de nuestro estudio.»

⁵ El Consejo de Castilla (*vid.* Título y Libro citados de la Novísima Recopilación).

⁶ «... el interés político se escondía detrás de la protección de la propiedad literaria.» (PÉREZ CUESTA, Emilio, «Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor», en *Revista de Derecho privado*, enero-diciembre 1981, pp. 333 y ss.).

⁷ «Seuls en effet les imprimeurs et libraires, groupés en corporations, avaient le droit d'impression et de vente des livres subordonné en outre à la permission royale. L'auteur obligé de traiter avec eux dut fatalement subir leurs conditions: tantôt il se contentait de mettre au jour sa production en abandonnant le profit entier à l'imprimeur, tantôt il se déclarait satisfait du prix minime qu'on lui offrait. Les libraires de Paris se rendaient donc propriétaires pour un prix fixe et modique des manuscrits dont ils exploitaient la reproduction garantie par le privilège» (así, VILBOIS, *op. cit.*, p. 355).

⁸ La evolución que trazamos en texto pretende ante todo mostrar una tendencia o línea general, puesto que también se encuentran en esta primera época de la imprenta privilegios concedidos directamente al autor, siempre que la obra hubiera sido impresa a sus expensas (*vid.* así los ejemplos que cita BAYLOS CORROZA, *Tratado...* cit. [en *Bibl.*], p. 142). Se encuentran en dicho autor las reseñas de los más antiguos privilegios españoles. En cuanto a los más antiguos privilegios europeos de librería, *vid.* la ya citada obra de RENOARD (*op. cit.*, tomo I, pp. 106 y ss.), quien según comenta más tarde otro especialista francés (*vid.* PUILLET, *op. cit.* [en *Bibl.*], p. 5, nota 2) toma muchos de sus datos del tratado de uno de los principales adalides del derecho de autor del siglo XVIII, Johann Stephan PÜTTER (1725-1807), a quien nos referimos más adelante. Lleva por título su obra *Der Büchernachdruck nach ächten* Grundsätzen des Rechts geprüft*, Göttingen 1774; es también PÜTTER (*op. cit.*, p. 125) quien transcribe la célebre interpelación de LUTERO** a los impresores («Was soll das sein, meine liebe Druckerherren...»), tildándolos de «Straßenräuber» y «Diebe» porque, además de imprimir sus obras sin su consentimiento y sin contraprestación a cambio, las difundían mutiladas.

* «ächten», en la grafía de entonces, equivale al «echten» actual.

** No indica, en cambio, PÜTTER el pasaje exacto en que se encuentra dicha admonición de LUTERO, que es la «Vorrede zu seiner Auslegung der Episteln und

a esos sujetos los costes de impresión, considerándose que, al permitírseles monopolizar durante cierto tiempo la impresión de determinadas obras, quedaban resarcidos de los mismos; el plazo de disfrute del privilegio se hacía coincidir ordinariamente con el tiempo presumiblemente necesario para dar salida a la edición, menos de diez años, por regla general. Siendo éste el fundamento de la atribución de los privilegios en ese momento, es lícito afirmar que el objeto protegido no era tanto la obra del espíritu como el producto de la imprenta⁹.

El reinado de Carlos III representa una cesura dentro de esta etapa de los privilegios. Por Real Orden de 22 de marzo de 1763, dispuso el monarca «que de aquí adelante no se conceda á nadie privilegio exclusivo para imprimir ningún libro, sino al mismo autor que lo haya compuesto»¹⁰, disposición complementada más tarde por la Real Orden de 20 de octubre de 1764¹¹, que declara de carácter hereditario los privilegios concedidos a los autores de libros «por la atención que merecen aquellos literatos, que después de haber ilustrado su Patria no dexan más patrimonio a sus familias que el honrado caudal de sus propias obras y el de imitar su buen exemplo»¹².

Estas normas constituyen una manifestación bien evidente del espíritu del Despotismo Ilustrado con que se asocia dicho reinado. Al constituirse el Estado absoluto, muy a tono con el «siglo de las luces» en que se vivía, en animador cultural, se estimula y

Evangelien von Jesuschristus», año 1525; la referencia es de la obra de SCHMID, que citamos más adelante; *vid.* su p. 4, nota 1.

⁹ «Als Schutzgegenstand erschien allerdings zunächst weniger das Geisteswerk als das Druckwerk» (así HUBMANN, *Urheberrecht...* cit., p. 11; y BAYLOS CORROZA, *op. cit.*, p. 136, quien recoge la opinión del citado autor).

¹⁰ Es la Ley XXIV, Tit. XVI, Libro 8.º Nov. Rec.

¹¹ Es la Ley XXV del mismo Título y Libro.

¹² Desde entonces esta «muletilla» estará presente como declaración de intenciones —incentivar al individuo en aras del beneficio de la colectividad— en prácticamente todas las posteriores leyes de propiedad intelectual, sea cuál sea su signo y tiempo.

Vid. así, el Decreto no. 265 de 10 de junio de 1813 de las Cortes de Cádiz: «deseando que éstos (los autores) no queden algún día sepultados en el olvido, en perjuicio de la ilustración y literatura nacional...»; Ley de propiedad literaria de 10 de junio de 1847, presentación del Proyecto de Ley al Senado por el Ministro de Comercio, Instrucción y Obras Públicas: «a fin de que los escritores españoles tengan todos los estímulos que necesitan...» (Diario de Sesiones del Senado de 1847, apéndice al n.º 17, de 20 de febrero); Ley sobre propiedad intelectual de 10 de enero de 1879, Dictamen referente a la Proposición de ley, remitido por la Comisión del Congreso al Congreso: «los autores españoles encontrarán estímulo bastante para honrar a su patria con los productos de su ingenio» (Diario de Sesiones del Congreso de 1877, apéndice VII al n.º 49, sesión de 4 de enero de 1877); Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, Preámbulo: «otorgar el debido reconocimiento y protección de los derechos de quienes... contribuyen tan destacadamente a la formación y desarrollo de la cultura y de la ciencia para beneficio y disfrute de todos los ciudadanos.» («B.O.E.» de 1987, n.º 275, de 17 de noviembre).

premia al individuo que contribuye al enriquecimiento del acervo cultural común. Este giro en cuanto al sujeto protegido es prácticamente coetáneo al del contexto europeo; así, en el Estatuto inglés de la reina Ana de 11 de enero de 1709¹³ —promulgado significativamente bajo la rúbrica «An act for the encouragement of learning»¹⁴— y, en Francia, en dos resoluciones dictadas por el «Conseil du roi» (Luis XVI) el 30 de agosto de 1777 para reglamentar la librería y la imprenta¹⁵.

2. Del privilegio al derecho del autor

La construcción de la relación entre el autor y su obra como derecho exclusivo de éste sobre aquélla no es anterior al siglo XVIII. En realidad, puede decirse que la evolución que lleva a la consagración de un derecho del autor sobre su obra se revela como uno más de los frentes de la batalla ideológica del siglo XVIII y se inscribe plenamente en el debate que comporta el tránsito del Antiguo al Nuevo Régimen¹⁶.

¹³ Facilita el texto íntegro de dicha disposición legal la obra de Josef KOHLER *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, 1907, p. 487. La recoge el citado autor calificándola como «Das erste moderne Autorgesetz».

Entre nosotros, aclara la confusión de fechas en torno al citado cuerpo legal José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA en su artículo «Centenario de la Unión de Berna: 1886-1986. Precedentes históricos», en el *Anuario de Derecho civil*, 1986, tomo 39, fascículo III (julio-septiembre), pp. 885 y ss.; *vid.* su p. 891.

¹⁴ *Vid.* el título completo de dicha Ley también en KOHLER, loc. cit.

¹⁵ El preámbulo de una de estas resoluciones, el «Arrêt sur les privilèges», manifestaba: «... le privilège en librairie est une grace fondée en justice et qui a pour objet, si elle est accordée à l'auteur de récompenser son travail, si elle est accordée au libraire de lui assurer le remboursement de ses avances et l'indemnité de ses frais...» Y de ésta diferencia en los motivos que determinaban la concesión de uno y otro privilegio deducía dicha resolución su distinta duración: mientras que al privilegio del autor se le reconocía carácter perpetuo, el del editor sólo podía disfrutarse por el tiempo máximo de la vida del autor.

El texto de las citadas resoluciones, que no aparecen en obras más generales de legislación francesa como las de IMBERT o SAGNAC, lo transcribe la citada monografía de RENOARD (tomo I, pp. 167 y ss.).

¹⁶ «Daß es sich dabei nicht etwa vorwiegend um die geschäftlichen Interessen der buchhändlerischen Firmen, sondern in der Tat um die Förderung der höchsten geistigen Interessen der Nation handelte, das erhellt schon aus dem Umstande, dass gerade die Zeiten einer grossen nationalen Erhebung von den Anfängen einer allgemeinen Gesetzgebung zum Schutze des geistigen Eigenthumes* bezeichnet werden.» (KLOSTERMANN, op. cit. [en nuestra Bibliogr.], p. 127.) Cita KLOSTERMANN como ejemplo de su anterior afirmación la Constitución de los Estados Unidos de América, de 17 de septiembre de 1787 (*vid.* su art. 1.º, apdo. 8.º: «El Congreso tendrá la facultad... de promover el progreso de la ciencia y artes útiles, asegurando por un plazo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos»), así como los Decretos revolucionarios franceses de 1791 y 1793, que mencionamos más adelante en el texto.

En definitiva, el debate ideológico en torno a los derechos o propiedad del autor

Con el advenimiento del Estado moderno, habrá de cambiar en España, como en los demás países europeos, la óptica del derecho del autor: del principio del privilegio dependiente de determinaciones discrecionales del soberano, se pasará al reconocimiento de un derecho expresado por la norma impersonal y absoluta de la ley. En este punto sí que los hitos de dicha evolución van a producirse en España con unas cuantas décadas de retraso respecto al resto de Europa occidental, además de que dicha evolución no seguirá en nuestro país una trayectoria lineal, porque tampoco fue lineal la ruptura con el Antiguo Régimen y el tránsito del Estado absoluto al Estado de Derecho.

II. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO SOBRE LA OBRA DEL INGENIO COMO DERECHO DE PROPIEDAD

1. La noción de «propiedad del autor» en Europa

La contestación de la idea «odiosa» de privilegio¹⁷ se produce —al igual que la propia contestación del poder absoluto del soberano— desde dentro del propio Estado absoluto. Ya durante la vigencia del régimen de los privilegios de imprenta conferidos a los impresores-libreros se dejaron oír voces en contra de los privilegios de librería (como una más de las manifestaciones de ese poder absoluto, de corte feudal, que se pretende socavar) y a favor de la libertad de imprenta (y del libre ejercicio de cualquier actividad económica)¹⁸.

no representa sino uno más de los intentos de romper con una época que, según AHRENS (op. cit. [en Bibl.], p. 148, nota 1), «kein allgemeines bürgerliches Recht kannte, wo jedoch die Staatsgewalt sich mehr und mehr als die Quelle aller Rechte zu betrachten begann...»

* Hasta el siglo XX, a menudo «th» por «t» (ej. «Eigenthum» por «Eigentum»).

¹⁷ «Ce titre odieux qui consiste à conférer gratuitement à un seul un bénéfice auquel tous ont une égale et juste prétention, voilà le privilège abhorré par le bon citoyen et le ministre éclairé! Reste à savoir si le privilège du libraire est de cette nature» (Vid. DIDEROT, Denis, «Lettre historique et politique adressée à un magistrat sur le commerce de la librairie, son état ancien et actuel, ses règlements, ses privilèges, les permissions tacites, les censeurs, les colporteurs, le passage des ponts et autres objets relatifs à la police littéraire», en *Diderot, œuvres complètes*, édition critique et annotée présentée par John LOUGH et Jacques PROUST, Paris, 1976, tomo VIII, pp. 479-567; vid. p. 508). La citada «carta» de DIDEROT data de junio de 1767.

¹⁸ «Y aquí es donde se plantea un conflicto entre el ideario revolucionario, que postula la libertad de imprenta, la posibilidad de ejercer una actividad industrial y económica sin límite alguno, la supresión de toda posición privilegiada en el mercado, y esa pretensión monopolística, que es la única que satisface plenamente el derecho de los creadores» (así BAYLOS CORROZA, op. cit., p. 401).

Se hizo entonces necesaria la intervención de algunos de los pensadores de la Ilustración y del Iusnaturalismo para buscar a la posibilidad de imprimir en exclusiva determinadas obras mejor fundamento que el privilegio real: «Monsieur, le privilège n'est ici qu'une sauvegarde accordée par le souverain pour la conservation d'un bien dont la défense dénuée de son autorité expresse excéderait souvent la valeur», dirá el enciclopedista Diderot¹⁹. En el mismo sentido, y por la misma época, se expresaba el iusnaturalista Johann-Stephan Pütter: «Bücherprivilegien ... scheinen nur aufgekomen zu sein ... um desto sicherer und prompter wider Nachdruck Hülfe zu erlangen»²⁰.

Lo que se pretendía todavía en este momento con este tipo de asertos es encontrar una justificación al monopolio de imprenta ejercido por algunos libreros y demostrar la ilicitud de las reproducciones de libros²¹ llevadas a cabo por sujetos no autorizados. Y tal justificación la sitúan dichos autores, no en el privilegio²², que es sólo el refuerzo concedido a un derecho que existe por sí mismo, sino en el hecho de haber adquirido el librero su derecho del autor: «Est-ce qu'un ouvrage n'appartient pas à son auteur autant que sa maison ou son champ? Est-ce qu'il n'en peut aliéner à jamais la propriété? Est-ce qu'il serait permis...de depouiller celui qu'il a librement substitué à son droit?...»²³. «Wie aber jedes

¹⁹ Id. DIDEROT, op. cit. p. 510.

Para una caracterización general del pensamiento de DIDEROT, vid. SAGNAC, Philippe, *La législation civile de la Révolution Française...*, cit., pp. 21-33, quien adscribe a DIDEROT a una de las tendencias más radicalmente individualista dentro del Iusnaturalismo francés del siglo XVIII.

²⁰ Vid. PÜTTER, op. cit., p. 5.

Sobre la adscripción de PÜTTER al Iusnaturalismo, vid. BRUNNER, Heinrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Erster Band, 2. Auflage, Verlag von Duncker und Humboldt, Leipzig, 1906, p. 21; vid. también WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952, pp. 203; 224. Ambos autores lo consideran también fundador de una escuela de pensamiento iuspublicista, la escuela de Göttingen. Para una biografía de PÜTTER, vid. KLEINHEYER, Gerd und SCHRÖDER, Jan, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, 1989 [3. Auflage], p. 209.

²¹ De libros y también de grabados; aunque a remolque de la protección a la obra escrita, se deja sentir también la necesidad de protección de la obra plástica. También a ella extiende PÜTTER sus argumentos: «... der Nachstich fremder Kupferstiche überhaupt ist wie ein Büchermachdruck...» (op. cit., p. 5; pp. 91 ss.).

²² Los argumentos de DIDEROT y PÜTTER discurren en paralelo: ambos autores se esfuerzan en distinguir el privilegio del librero, fundado en un verdadero derecho, de los demás privilegios, que, por ser infundados, coartan arbitrariamente la libertad general. Vid. así DIDEROT, op. cit., p. 511: «C'est la nature du privilège... c'est le nom même de privilège qui a exposé ce titre à la prévention générale et bien fondée qu'on a contre tout autre exclusif»; y PÜTTER, op. cit., p. 4: «Andere Künste oder Erfindungen und Waaren ist zwar erlaubt nachzumachen, sofern kein Privilegium ein Monopolium gibt. Allein das Eigenthum eines Verlagsbuchs macht kein Monopolium aus»

²³ Vid. DIDEROT, op. cit. Ideas análogas a las de DIDEROT se encuentran ya en una memoria anterior a la del propio DIDEROT, la del abogado y canonista Louis D'HERICOURT, fechada en 1725. D'HERICOURT, quien tercia en la polémica entre los

Eigenthum, das durch einen rechtmässigen Vertrag einmal rechtmässig erworben ist, von selbst jeden Dritten ausschliesst, ohne daß erst ein besonderes "ius prohibendi" darüber erlangt werden darf... so bringt ein einmal vertragsmässig erworbenes Verlagsrecht von dieser Art auch von selbst ein "ius prohibendi" gegen jeden Dritten mit sich...»²⁴

Es por esta vía indirecta de la defensa del derecho de exclusiva que puede haber obtenido un librero²⁵ frente a quienes pretendan, en aras del interés común, la libertad general de imprenta²⁶ que

libreros de París, favorecidos por los privilegios, y los de provincias, intenta defender los derechos de aquéllos con argumentos parecidos a los de DIDEROT: «... ce ne sont point les privilèges que le roi accorde aux libraires qui les rendent propriétaires des ouvrages qu'ils impriment, mais uniquement l'acquisition du manuscrit, dont l'auteur leur transmet la propriété au moyen du prix qu'il en reçoit». No hemos tenido, sin embargo, acceso a este documento. Dan cuenta de su existencia, además de RENOUARD (op. cit., I, p. 156), el propio DIDEROT (loc. cit., p. 511): «Tandis que je vous écrivais, j'ai appris qu'il y avait sur cet objet un mémoire imprimé d'un de nos plus célèbres jurisconsultes. C'est M. d'Héricourt...»

²⁴ Vid. PÜTTER, op. cit., p. 50.

²⁵ Tanto BAPPERT (op. cit., pp. 217 y ss.), como ULMER (op. cit., p. 52) y HUBMANN (op. cit., pp. 14 y 16) asocian las primeras manifestaciones de la idea de «propiedad» sobre la obra del ingenio a la defensa de los derechos del editor. Vid. así por todos HUBMANN op. cit. p. 14: «Während es so schien, als ob der Schutz der Verleger den der Urheber allmählich verdränge, **verfeinerte*** sich unter den geistig Schaffenden das **Urheberrechtsbewußtsein**.* Y STRÖMHOLM op. cit., p. 258: «... tant qu'auteurs et éditeurs... combattent ensemble les contrafacteurs, dont les agissements mettent en péril jusqu'à leur existence économique, la préoccupation des intérêts susceptibles de diviser les deux alliés doit paraître dangereuse... Une fois que la guerre commune a été menée à bonne fin, il est temps de s'occuper de différends internes».

* En negrita en el original.

²⁶ La polémica en torno al conflicto entre libertad de imprenta y derecho de autor es también común a toda Europa y se prolongará hasta el primer tercio del siglo XIX. Vid. así la serie de artículos de la época, en torno a dicha polémica citados en KOHLER («Die Idee des geistigen Eigenthums», en *AfdcP*, 1894, Band 82, pp. 141 y ss.; vid. a este respecto pp. 187 y ss.).

Hay que destacar que en defensa del derecho de autor se pronuncian los principales filósofos del momento: KANT, FICHTE y HEGEL. No reproducimos, sin embargo, aquí y ahora sus argumentos, dado que los mismos van a ser utilizados por los juristas en el último tercio del siglo XIX, ya no meramente en defensa del derecho de autor (problema que estará ya obviado para aquel entonces), sino para la propia construcción dogmática del derecho de autor. Servirán, en efecto, los argumentos de tales filósofos para resolver problemas técnicos, como son la definición del objeto del derecho (FICHTE, HEGEL y KANT, por orden de influencia) y la determinación de la naturaleza del propio derecho (KANT y HEGEL, por ese mismo orden).

Sí pueden traerse a colación en y para este momento de controversia en torno al reconocimiento del derecho de autor como obstáculo de la libertad de imprenta las opiniones de juristas que utilizan como arma arrojada los argumentos de tales filósofos en defensa del derecho de autor. Vid. así en defensa del derecho de autor el artículo de SCHMID, seguidor de las tesis de FICHTE (SCHMID, Karl Ernst, *Der Bücher-nachdruck aus dem Gesichtspunkte des Rechts, der Moral und Politik*, Jena, 1823); en las pp. 78 y ss. fundamenta el citado autor la propiedad del autor en la distinción de FICHTE entre «forma» y «contenido» de la obra. El argumento se verá contestado en uno de los últimos artículos a favor de la libertad de imprenta y en contra del

empieza a abrirse paso la idea de «propiedad del autor»: «En effet quel est le bien qui puisse appartenir à un homme, si un ouvrage d'esprit, le fruit unique de son éducation, de ses études, de ses veilles, de son temps, de ses recherches... Je le répète, l'auteur est maître de son ouvrage, ou personne dans la société n'est maître de son bien. Le libraire le possède comme il était possédé par l'auteur. Or le droit du propriétaire est la vraie mesure du droit de l'acquéreur»²⁷.

¿Cómo se fundamenta ese derecho del autor? Al igual que cualquier otra propiedad se funda en el trabajo, en la aplicación del propio esfuerzo a la transformación de la naturaleza y de la realidad preexistente. Así lo afirma otro representante del Iusnaturalismo y la Ilustración, William Blackstone²⁸, quien asigna al derecho sobre la obra el mismo título que, para Locke,²⁹ constituía el fundamento de todo derecho de propiedad: el trabajo: «There is still another species of property, which, being grounded on labour and invention, is more properly reducible to the head of occupancy than any other; since the right of occupancy itself is supposed by Mr. Locke³⁰, and many others, to be founded on the

derecho de autor, publicado por Ludwig HÖPFNER, profesor de la Facultad de Derecho de Leipzig, bajo el significativo título *Der Nachdruck ist nicht rechtswidrig*, Grimma, 1843, p. 44: «Fichte und Hegel erklären also, daß weder das Manuskript, noch die, in dem Werke niedergelegte Summe der einzelnen Gedanken, sondern allein die Form des Werks der Gegenstand der Eigentumstheorie sein könne...». Y critica dicha tesis (en p. 53): «... der Schall des gesprochenen Worts und des gesungenen Tons [que es lo que, según HÖPFNER, constituye para FICHTE la «forma» de la obra] alle diese Gegenstände können gesehen oder gehört werden, sie können nicht festgehalten werden, sie fügen sich nicht die Disposition des Menschen, und können daher niemals Eigentumsgegenstände sein...»

²⁷ Id. DIDEROT, loc. cit., p. 510.

Vid. en PÜTTER afirmaciones paralelas a las de DIDEROT: «Die Werke, die ein Gelehrter ausarbeitet, sind unstreitig ein wahres Eigenthum ihres Verfassers, so wie ein jeder das, was seiner Geschicklichkeit und seinem Fleiß sein Dasein zu danken hat, als sein Eigenthum ansehen kann» (PÜTTER, op. cit., p. 21).

²⁸ WIEACKER (op. cit., p. 158) lo considera representante del Iusnaturalismo racionalista.

Se transcribe de su obra *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1766, Libro II («Of the Rights of things»), Capítulo 26 («Of title to things personal by occupancy»), p. 405.

²⁹ Sobre la influencia de LOCKE en la construcción dogmática del derecho de autor a través de KOHLER, *vid.* la explicación del propio KOHLER en su monografía de 1880 *Das Autorrecht*, pp. 98 y ss.: «Die philosophische Begründung des Eigenthums und des Immaterialrechts liegt in der Arbeit, richtiger, in der Güterschöpfung; wer ein neues Gut schafft, hat das natürliche Anrecht daran...» (op. cit., p. 100). Y se refiere a continuación explícitamente a la influencia de LOCKE (op. cit., p. 100): «So war es Locke... vorbehalten, die Lösung des Rätsels über den Eigenthumswerb vorzufinden.»

³⁰ Se refiere BLACKSTONE a la obra de John LOCKE, *Two Treatises of government* de 1698. El segundo de dichos tratados, que lleva por subtítulo «An essay concerning the true original, extent and end of civil government», consagra su capítulo V al derecho de propiedad («Of property»); afirma allí LOCKE que en el estado

personal labour of the occupant. And this is the right, which an author may be supposed to have in his own original literary compositions: so that no other person without his leave may publish or make profit of the copies.»

2. La noción de «propiedad del autor» en textos de Derecho positivo: los Decretos franceses de 1791-93 y el «Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten» (1792-94)

Esta caracterización del derecho de autor, en base a las ideas expuestas, como un derecho natural a los frutos del propio trabajo, no sólo le servirá para sobrevivir, una vez el triunfo de las nuevas ideas comporte una supresión de todos los privilegios, sino que va a encontrar incluso un reflejo en los textos legales que representan la consagración positiva de tales ideas.

En Francia, la influencia de las mismas se deja sentir en dos Decretos³¹ promulgados específicamente para reconocer la propiedad del autor, el «Décret relatif aux spectacles», de 13-19 de enero de 1791 y el «Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tous genres, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs», de 19-24 de julio de 1793³². Están imbuidas estas

de la Naturaleza el trabajo era el único título legítimo de adquisición de la propiedad: «Whatsoever then he [el hombre] removes out of the State that Nature had provided, and left it in, he had mixed his Labour with, and joyned to it something that is his own, and thereby makes it his Property...» (op. cit., p. 306); y p. 315: «And thus [así], I think, it is very easy to conceive without any difficulty, how Labour could at first begin a title of Property in the common things of Nature, and how the spending it upon our uses bounded it. So that there could then be no reason of quarrelling about Title, nor any doubt about the largeness of Possession it gave.»

Obsérvense las concomitancias entre esta última afirmación de LOCKE: «... nor any doubt about the largeness of Possession it gave» y la última de las de DIDEROT transcritas en el texto: «Or le droit du propriétaire est la vraie mesure du droit...». No descartamos que se hubiera inspirado también el propio DIDEROT en LOCKE,* afirmando entonces como él que tanto para el derecho de autor, como para el de propiedad sobre las cosas el título que confiere el derecho, el trabajo, determina a la vez la medida o el alcance del derecho que en su virtud se adquiere.

* Sobre la influencia del pensamiento inglés del siglo XVII en el lusnaturalismo francés del siglo XVIII, *vid.* SAGNAC, op. cit., p. 122.

³¹ Tales Decretos estarán vigentes en Francia hasta su derogación por la Ley sobre la propiedad literaria de 1957 (*vid.* el art. 77 de la misma).

No se refiere a esos Decretos la obra de SAGNAC. Se recoge el texto de tales disposiciones en la ya citada monografía de RENOARD (tomo I, pp. 300 y ss.) y en el Repertorio DALLOZ (*vid. Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Paris, 1857, tomo 38, voz «propriété littéraire et artistique», pp. 441 y ss.; *vid.* p. 444).

³² Véase (en RENOARD op. cit., I p. 309) el discurso de LE CHAPÉLIER con que fue presentada la primera de ellas, el «Décret relatif aux spectacles» a la Asamblea

disposiciones del tono proclamatorio que caracteriza a los textos del primer período revolucionario³³. Se pretende con ellas resaltar el carácter de derecho subjetivo, reconocido por las leyes, que corresponde al derecho del autor sobre su obra y se quiere acentuar la necesidad de su protección mediante el simil con el derecho de propiedad³⁴.

Al margen de que estos Decretos constituyan su primera consagración positiva, la tesis iusnaturalista de la propiedad del autor sobre su obra no es exclusiva de Francia, sino que —como apuntábamos ya al inicio de esta exposición— es una tesis común europea³⁵.

El triunfo de tal concepción va a quedar asimismo³⁶ reflejado en un cuerpo legal aún de mayor trascendencia para el desarrollo jurídico europeo, en tanto representa, para todos los ámbitos jurídicos, la plasmación en un código de las ideas del iusnaturalismo racionalista: el «Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten»³⁷. Este primer reconocimiento legal de la «geistiges Eigen-

nacional: «La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle des propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain... comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelques fruits de leur travail...».

Obsérvense las concomitancias con algunas de las expresiones que ya encontramos en DIDEROT y véase más adelante, todavía en mayor medida, la semejanza entre las palabras de LE CHAPELIER y las expresiones que utilizará el Ministro español, ROCA DE TOGORES, en su presentación al Senado de la Ley sobre propiedad literaria de 1847.

³³ Sobre la caracterización general de las leyes de este período, *vid.* SAGNAC, *op. cit.*, pp. 44; 52-55.

³⁴ *Vid.* el discurso con que LAKANAL, en nombre del Comité de Instrucción pública, presentó a la Convención nacional el Decreto de 1793: «... et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu reconnaître cette propriété, assurer son libre exercice par une loi positive... C'est après une délibération réfléchie que votre comité d'instruction publique vous propose de consacrer des dispositions législatives qui forment, en quelque sorte, la déclaration des droits du génie.» (*vid.* RENOARD, *op. cit.*, I, p. 326).

³⁵ Por lo menos todavía en este período que aquí contemplamos (*vid.* al respecto ULMER *op. cit.*, p. 55; AHRENS, *op. cit.*, p. 148 nota 1; y Georg ROEBER, en su artículo «Urheberrecht oder Geistiges Eigentum», en el *Archiv für Urheber-, Film-, Funk und Theaterrecht* [UFITA], Band 21, pp. 150 y ss.; *vid.* pp. 153-154).

Sobre los distintos derroteros que después del siglo XVIII seguirá el Derecho anglosajón, sobre todo el inglés, *vid.* ULMER, *op. cit.*, pp. 55-56 y BONDÍA ROMÁN, *op. cit.*, p. 83.

³⁶ Incluso antes o a la vez que en Francia, si se piensa en el período transcurrido entre la primera promulgación (en 1792) del «Allgemeines Landrecht» y su definitiva entrada en vigor (en 1794). *Vid.* a este respecto BORNEMANN, Friedrich Wilhelm, *Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts*, Berlin, 1842, I, pp. 5 y ss. La obra de BORNEMANN (1798-1864), alto funcionario de la administración del antiguo Reino de Prusia, se considera la primera elaboración sistemática del Derecho privado prusiano (así KLEINHEYER, Gerd y SCHRÖDER, Jan, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, 1989, p. 335).

³⁷ Gráficamente caracteriza WIEACKER a este cuerpo legal como «Durchsetzung

tum» es en el ámbito germánico menos categórico que la positivización francesa de la «*propriété littéraire*»³⁸, en tanto que no se declara taxativamente y en preceptos concretos el derecho de propiedad del autor. La propiedad del autor sobre su obra se contempla, antes bien, como presupuesto, en tanto se declara que *sólo* a través de un contrato con el autor adquiere el editor facultades de utilización de la obra (*vid.* § 998 Teil I, 11. Tit. ALR)³⁹. La idea de propiedad del autor se ve asimismo reforzada en la medida en que se reconoce al trabajo intelectual («*Geistesarbeit*») como uno de los posibles fundamentos de la adquisición del derecho de propiedad (*vid.* § 988; § 995 Teil I, 11. Tit. ALR)⁴⁰.

Una declaración más directa y rotunda de la «*geistiges Eigentum*» se produce algo más tarde —aunque como consecuencia de su reconocimiento en el propio ALR— en una ley específica del derecho de autor, la Ley prusiana⁴¹ de 11 de junio

des natürlichen Rechts» (op. cit. p. 202) y «preußische Sonderart der europäischen Aufklärung» (op. cit., p. 204). En el mismo sentido, *vid.* AHRENS, op. cit., p. 148, nota 1.

³⁸ Señala asimismo ULMER (op. cit., p. 58) que, a diferencia de Francia, en el ámbito germánico la sustitución de la idea de privilegio por la de propiedad del autor tuvo carácter de transición y no de ruptura, lo cual es congruente con el modo también diferente en que en uno y otro ámbito se sale del Antiguo Régimen: por vía de una revolución en Francia, sin romper con el Estado absoluto, en Prusia.

³⁹ El precepto se encuentra dentro de los que el ALR dedica, en sede de contratos, al contrato de edición (*vid.* § 996 ff: «*Verlagsverträge*»). Si la «*geistiges Eigentum*» se incorpora al Código civil prusiano precisamente en esta sede es por voluntad de uno de sus principales artífices, Carl Gottlieb SVAREZ [o SCHWARZ] (1746-1798). Al proponerse en uno de los trámites de la elaboración del citado cuerpo legal («*revisio monitorum*»)* que se ubicase lo relativo a la propiedad del autor en el título consagrado al derecho de propiedad en general y lo relativo a la relación entre autor y editor en sede de contrato de compraventa, se pronunció SVAREZ en los siguientes términos: «*Von dem Rechte des Schriftstellers auf sein Werk, so lange er solches noch nicht einem Verleger gegeben hat, ist hier gar nicht die Rede. Das gehört allerdings in die Lehre vom Eigentum; es ist aber auch nichts besonders darüber zu sagen***. Das Verhältniß zwischen Schriftsteller und Verleger kann unmöglich nach der Theorie vom Kauf und Verkauf beurteilt werden. Das Eigentum der Schrift, in sofern sie *Geistesprodukt*** ist, geht keineswegs auf den Verleger über; er erwirbt bloß das Verlagsrecht, i.e., die Befugniß, die Schrift durch den Druck zu vervielfältigen...» (así transcrito en BORNEMANN, op. cit., p. 195).

* Sobre las distintos trámites por los que pasó la elaboración del Código civil prusiano, *vid.* el prolijo relato de BORNEMANN (*id.* op. cit., pp. 5-10).

** La cursiva es mía.

⁴⁰ Se encuentran asimismo tales preceptos en sede de contratos, bajo la rúbrica «*Prämien*». *Vid.* §988 Teil I, 11. Tit. ALR: «*Auf nützliche Geistesarbeiten... öffentliche Belohnungen aussetzen, ist einem jeden erlaubt.*»; y, sobre todo, § 995 Teil I, 11. Tit. ALR: «*Das Eigentum der von einem jeden Mitwerber gelieferten Arbeit bleibt ihrem Urheber...*»

⁴¹ La importancia que como primer Código europeo debe asignarse al «*Allgemeines Landrecht*» nos ha llevado a ceñirnos en el texto a lo relativo al Reino de Prusia. Pero debe dejarse constancia de la consagración de la noción de propiedad intelectual o «*geistiges Eigentum*» también en los textos legales de otros antiguos Estados germánicos, como, por ejemplo, el Gran Ducado de Baden y el Reino de

de 1837⁴², que lleva precisamente por rúbrica «Ley para la protección de la propiedad sobre las obras de la ciencia y el arte...»⁴³.

Nota común a todos los textos legales de este período es el espíritu más combativo que técnico con que se incorpora la noción de «propiedad» sobre las obras del ingenio. Lo importante en este momento es antes distanciarse de la idea de privilegio o concesión graciosa del soberano, que definir la verdadera naturaleza del derecho del autor sobre la obra producto de su ingenio. Y ese mismo espíritu combativo está en la base de la equiparación del derecho sobre la obra al más poderoso de los derechos sobre las cosas: el derecho de propiedad.

No se pretende todavía en este momento extraer verdaderas consecuencias jurídicas de esa proclamada propiedad⁴⁴. Por eso,

Sajonia. En cuanto al primero, *vid.* el «Badisches Landrecht» de 1809 (§§ 577 d a / d h)* (sobre dicho cuerpo legal, *vid.* GIESEKE, *op. cit.*, pp. 117-120; STRÖMHOLM, *op. cit.*, pp. 221-223 y, sobre todo, KLEINHEYER-SCHRÖDER, *op. cit.*, p. 335); *vid.* también la Ley del Reino de Sajonia de 22 de febrero de 1844 («Gesetz den Schutz der Rechte an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst betreffend»).

Los textos completos de todas estas disposiciones se encuentran en la obra de EISENLOHR, Ch. F. M., *Sammlung der Gesetze und internationalen Verträge zum Schutze des literarisch-artistischen Eigenthums in Deutschland, Frankreich und England*, Heidelberg, 1857.

* La peculiar numeración de tales preceptos del «Badisches Landrecht» obedece a que este cuerpo legal no es sino traducción del Código civil francés (el Gran Ducado de Baden y otros territorios del oeste alemán, como el Sarre, han sido históricamente zona de influencia francesa). Lo que hace entonces el artifice del «Badisches Landrecht», Johann Nikolaus BRAUER, es añadir al último precepto consagrado al derecho de propiedad en el Código civil francés, el art. 577 (es el § 577 «Badisches Landrecht»), preceptos relativos a la propiedad del autor (materia que no forma parte del Código civil francés y que el «Badisches Landrecht» si incorpora, por iniciativa de BRAUER) señalándolos con letras para mantener la numeración: § 577 d a, § 577 d b, etc.

⁴² Su rúbrica completa es «Gesetz zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung». Sobre dicha Ley, *vid.* las ya citadas obras de BORNEMANN (*id.* p. 195) y KLOSTERMANN, (*op. cit.*, pp. 48 y ss.); y más específicamente la obra de HITZIG, Julius Eduard, *Das königliche preussische Gesetz vom 11. Juni 1837 dargestellt in seinem Entstehen und erläutert in seinen einzelnen Bestimmungen aus den amtlichen Quellen*, Berlin, 1838. En la actualidad, se refiere también a dicha Ley HUBMANN, *op. cit.*, p. 19.

⁴³ Se afirma que en la elaboración de dicho texto legal intervino Friedrich Karl von SAVIGNY, Consejero de Estado en la época de su promulgación, si bien no hemos podido establecer en qué medida: KLOSTERMANN (*op. cit.*, p. 55) se refiere a una «participación destacada» de SAVIGNY; STRÖMHOLM (*op. cit.*, pp. 218-219 y nota 80) se muestra a este respecto más comedido. *Vid.* también GIESEKE, Ludwig, *Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts*, Göttingen, 1957, p. 152, nota 495.

⁴⁴ «Sans doute ces textes [se refiere a los Decretos franceses de 1791 y 1793] parlent de «propriété»... Mais la nature du droit qu'ils proclament préoccupe peu les législateurs d'alors: ils veulent en assurer et en garantir l'exercice et dans ce but ils accordent à l'auteur un droit exclusif sur tous les produits de son travail... Comment expliquer en effet, si l'assimilation avait été complète dans leur pensée, qu'ils aient

en todos los textos citados las declaraciones del derecho de propiedad van, paradójicamente, seguidas de preceptos que señalan al mismo un plazo máximo de duración (*vid.* así el art. 2.º del Decreto de 1791 y el art. 2.º del Decreto de 1793; y los §§ 5 y 6 de la Ley prusiana de 1837), sin que parezca todavía plantear excesivas dificultades la justificación de tal contradicción; basta con declarar que «*cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés*» y que «*après le délai fixé, la propriété du public commence...*»⁴⁵.

La importancia de este período en la evolución del derecho de autor, o, más en general, del derecho sobre las producciones del ingenio, es la incorporación de tal institución —en tanto se la convierte en derecho subjetivo, exclusivo de un determinado sujeto— al Derecho privado. Su ubicación dentro de la sistemática del Derecho privado corresponde a un período posterior⁴⁶ (el último tercio del siglo XIX) y, por tanto, no vamos a analizarla en este momento, puesto que procede antes detenerse en el examen del primer texto legal de Derecho privado que en el ordenamiento jurídico español se ocupa del derecho que recae sobre la obra del ingenio: la Ley sobre propiedad literaria de 10 de junio de 1847.

3. La incorporación de la noción de «propiedad del autor» al ordenamiento jurídico español

La persistencia de la noción del derecho sobre la obra del ingenio como «propiedad intelectual»⁴⁷ en el ordenamiento jurí-

enlevé aux familles des auteurs, dix ans après leur mort, ce droit «inviolable et sacré»*...?» (así VILBOIS, *op. cit.*, p. 363). En el mismo sentido, y para el «Badisches Landrecht», *vid.* GIESEKE, *op. cit.*, p. 118: «Damit war bereits gesagt, daß der Ausdruck «Eigentum» hier nur als Bezeichnung eines neuartigen ausschliesslichen Rechts gebraucht war.» Y para una caracterización general de los textos legales de este período, *vid.* von GIERKE, *op. cit.*, p. 760.

* Entrecomillado en el original.

⁴⁵ Se transcribe el ya citado discurso de LE CHAPELIER de presentación del Decreto de 1791 (*id. loc. cit.*).

⁴⁶ Así lo señalan también ROEBER (*loc. cit.*, p. 154), ULMER (*op. cit.*, p. 106) y HUBMANN (*op. cit.* p. 20).

⁴⁷ Aun cuando con la promulgación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual se ha querido inaugurar un nuevo régimen, fruto de una concepción diferente del derecho que tiene por objeto la obra o creación intelectual, no se ha querido renunciar, por lo menos, a la fuerza expresiva del *nomen iuris propiedad intelectual*. *Vid.* así el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 1987. Comisiones, n.º 128, de 12 de marzo. Discusión en la Comisión de Educación y Cultura del Dictamen, con competencia legislativa plena, del Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual, pp. 4805 y ss.: «Creemos que hay razones de principio, que no deben dejar de citarse, a favor de la suficiencia del concepto de propiedad intelectual para englobar toda la ley... También así damos satisfacción a la propia tradición, que desde hace más de un siglo se refiere a estos derechos como de propiedad intelectual,

dico español obliga a un examen, tanto del texto que la consagra por primera vez, la ya citada Ley sobre propiedad literaria de 1847, como del que ha estado vigente prácticamente hasta nuestros días, la Ley de propiedad intelectual de 10 de enero de 1879.

La asociación entre las dos leyes de propiedad intelectual del siglo pasado —por mucho que el redactor de la segunda, Manuel Danvila Collado, se distancie de la primera⁴⁸— es inevitable. En primer lugar, por las similitudes del momento de su promulgación. Ambas surgen durante paréntesis de relativa estabilidad política (Década moderada y Restauración, respectivamente), de gobiernos conservadores y están, además, muy próximas en el tiempo a las dos Constituciones —naturalmente conservadoras— de sus respectivos períodos: Constitución moderada de 1845 y Constitución de 1876. Ambas Constituciones ponen de relieve la continuidad esencial que existe entre la gran época moderada que llena el tercio intermedio del siglo XIX y la Restauración, continuidad que se aprecia en todos los órdenes, tanto en cuanto a las bases sociales y políticas del régimen —hegemonía burguesa—, como en cuanto a sus fundamentos ideológicos —liberalismo doctrinario y eclecticismo—⁴⁹.

Además, las preocupaciones de una y otra ley son comunes. Varía únicamente que el énfasis se sitúe en uno u otro punto. En concreto, mientras que para el legislador de 1879 la asimilación de la propiedad intelectual a la ordinaria —sobre todo en cuanto a la perpetuidad del derecho—⁵⁰ constituyó el caballo de batalla, el legislador de 1847 se mostró mucho más pragmático y expeditivo en este punto⁵¹: no fue entonces tan importante que el derecho sobre las «producciones del ingenio» fuese o no propiedad,

ya que aparece así en el Código civil y en la propia Constitución española, bien reciente» (Intervención del Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en defensa de la denominación del Proyecto y en contra de las enmiendas n.º 130 (del PDP) y 307 (de Minoría Catalana), que proponían la modificación de dicha denominación y que fueron rechazadas. *Id.* Diario, pp. 4807-4809).

⁴⁸ DANVILA COLLADO, Manuel, *La propiedad intelectual*, Madrid, 1882, pp. 22-27; p. 338: «La definición que de aquella propiedad hizo la Ley de 1847 era imperfecta, pues ni se indicaba que el derecho que de ella nacía era limitado, ni el derecho de reproducción y el único que por dicha propiedad se adquiere.»

⁴⁹ UBIETO, Antonio, REGLA, Juan, JOVER, José M.ª, *Introducción a la Historia de España*, Barcelona 1963 (1.ª ed.), p. 591.

⁵⁰ *Vid.* el Dictamen de la Comisión del Congreso al Congreso sobre la Proposición inicial de la futura Ley de 1879 (Diario de sesiones del Congreso de 1877, apéndice VII al no. 49, de 4 de enero): «La comisión... coincidió unánime en proclamar como "desideratum"... la perpetuidad de la propiedad de los productos de la inteligencia... los Sres. Ministros de Fomento y Gracia y Justicia... se opusieron... Entre ambos extremos, creyeron los que suscriben... podían aceptar una existencia temporal para la propiedad intelectual, por tiempo tal que representase un verdadero progreso y una prudente transacción...»

⁵¹ «Los moderados, sempiternamente pragmáticos, atacaban por el lado opuesto al de los principios: por el de las aplicaciones» (*vid.* COMELLAS GARCÍA LLERA, José Luis, *Los moderados en el poder. 1844-1854*, C.S.I.C., Madrid, 1970, p. 196).

como que, en tanto que derecho exclusivo⁵², admitiese ser regulado por medios análogos al derecho de propiedad sobre las cosas materiales.

SEGUNDA PARTE

LA LEY SOBRE PROPIEDAD LITERARIA DE 10 DE JUNIO DE 1847

I. SUS PRECEDENTES LEGISLATIVOS

Paralelamente a lo expuesto en el capítulo anterior, la consagración en el ordenamiento jurídico español del derecho de «propiedad literaria»⁵³ se inscribe también en el período (o, en nuestro ámbito, mejor, los períodos) de tránsito del Estado absoluto al Estado de Derecho. En congruencia con ello, dicho reconocimiento, además de tardío (en relación al resto de Europa), está sometido a altibajos, representados por los textos legales a que a continuación nos referimos.

Constituyen los hitos legislativos fundamentales de esta fase de la legislación española el Decreto n.º 265 de las Cortes de Cádiz, de 10 de junio de 1813, regulador de las «Reglas para conservar a los escritores la propiedad de sus obras» y la Ley de 5 de agosto de 1823, firmada por José M.^a Calatrava⁵⁴, sobre propiedad de obras literarias.

Tuvieron estas disposiciones una vigencia temporal tan escasa como los dos períodos constitucionales (1810-1814; 1820-1823) de los que emanan, en el contexto general de la primera mitad del siglo XIX en España.

Pueden ser calificadas ya ambas de leyes de carácter civil —y no de leyes administrativas, como las de la etapa anterior de los privilegios de imprenta— en tanto se ocupan de los derechos de los autores *per se* y al referirse a ellos sustituyen el término «privilegio» por el de «propiedad»⁵⁵. Al igual que se hizo en otros

⁵² GUTIÉRREZ, Benito, op. cit., p. 466: «... Se deduce del concepto de propiedad: ésta es una palabra exclusiva cuya función es apartar de la comunidad ciertas cosas para hacerlas individuales.»

⁵³ «La propiedad literaria que, como tantos otros derechos, comenzó a aparecer bajo forma de privilegio con grandes restricciones, ha de acabar su progresión histórica y racional, estableciéndose con las mismas condiciones jurídicas que la propiedad material» (VICENTE Y CARAVANTES, José, «Exposición y examen de nuestras leyes y tratados sobre la propiedad literaria», en *Revista General de legislación y jurisprudencia*, año 1876, n.º 49, p. 43).

⁵⁴ En calidad de Secretario del Despacho de Gracia y Justicia.

⁵⁵ Resulta, sin embargo, significativo, en tanto concuerda con la inseguridad que

ámbitos, esas dos leyes se propusieron trasplantar al Estado español en materia de derecho de autor los logros de la Revolución francesa⁵⁶. Por eso, se refieren ambas al derecho de imprimir en exclusiva determinados escritos —que es lo que en definitiva regulan— como «propiedad de los autores» sobre sus obras⁵⁷.

Entre uno y otro texto, se detectan, no obstante, diferencias de matiz. El término «propiedad» se utiliza en el Decreto de Cádiz más con ánimo retórico que por convicción⁵⁸, mientras que en la Ley de 1823 parece más arraigada la creencia en un derecho de

caracteriza a las convicciones en tales períodos, que tanto el Decreto n.º 265 de 1813 como la «Ley Calatrava» de 1823 se vinculan en su gestación a sendas regulaciones de imprenta dictadas en tales intervalos de gobierno liberal. Así sobre todo el Decreto de 1813, que formaba originariamente parte del Decreto n.º 263 de las Cortes de Cádiz, «de adiciones a la Ley de libertad de Imprenta», de la que acabó siendo desajado para ser promulgado finalmente como texto independiente. Como documentación de este hecho, *vid.* el Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, Legislatura de 24 de septiembre de 1810 a 20 de septiembre de 1813, Diario n.º 874, de 5 de junio de 1813, p. 5426, donde en base al Dictamen de la «comisión de Libertad de imprenta» (*sic*) se acuerda que «los cinco artículos que hablan de la propiedad que tienen los autores sobre sus escritos... no debían incluirse en el reglamento de libertad de imprenta [que es el Decreto n.º 263 de las Cortes de Cádiz], sino en un decreto separado». Por su parte, la redacción de la «Ley Calatrava» fue asimismo auspiciada por una comisión de Libertad de imprenta (*vid.* así la «Gaceta Española», de jueves 22 de mayo de 1823, que recoge el Diario de las Sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823, sesión del día 21 de mayo, pp. 147-148).

⁵⁶ G. QUIJANO (*vid.* sus «Consideraciones sobre el concepto de las llamadas propiedades especiales», cit. en nuestra Bibl.) se refiere para este período a «... el gran cambio producido por las ideas de la Revolución francesa, que relegan el Derecho del "antiguo régimen" a un segundo plano» (loc. cit., p. 466). Y añade: «El individualismo exaltando a un sujeto con su esfera intangible pletórica de derechos de todas clases; el liberalismo constriñendo la actividad del Estado en una maraña de leyes y códigos y, finalmente, el Estado de derecho confiando a las definiciones textuales y a la codificación las bases sobre que se asienta la vida jurídica, son todavía las inspiraciones que determinaron la mayor parte de nuestras normas vigentes» (*id.* loc. y p. cit.).

⁵⁷ Como síntoma del «afrancesamiento» de la Ley Calatrava, obsérvese el uso que hace su art. 8.º del galicismo «contrafactor», para designar a «El que usurpare la propiedad de una obra... Los ejemplares que se hallasen existentes de la pertenencia del contrafactor se adjudicarán también al propietario».

⁵⁸ Nos ceñimos a las consideraciones con que el conde de TORENO,* Ponente de la citada comisión de Libertad de imprenta, se refirió a la indicada «propiedad», durante la discusión del Decreto de Cádiz de 1813: «Para mí, las literarias más que una propiedad, son un privilegio que se concede con el laudable objeto de fomentar la ilustración» (*vid.* el ya citado Diario de Sesiones de las Cortes de Cádiz de 1813, n.º 839, de 1.º de mayo, p. 5150).

* El conde de TORENO es uno de los prohombres del liberalismo exaltado de esta primera época. Sobre las distintas tendencias dentro del movimiento liberal español y la progresiva transformación de algunos de sus representantes, entre ellos el propio conde de TORENO, en «moderados», *vid.* COMELLAS, *Los moderados en el poder. 1844-1854*, p. 143.

Curiosamente, un descendiente suyo, C. Francisco QUEIPO DE LLANO, también conde de TORENO, es quien durante la Restauración se encargará, como Ministro de Fomento, de presentar al Congreso la futura Ley de propiedad intelectual de 1879.

propiedad del autor (*vid.* su art. 1.º *in fine*: «Los autores, traductores... son propietarios de las producciones de su ingenio y pueden disponer de ellas del mismo modo que de los demás bienes»; *vid.* también sus arts. 6, 7, 10 y 15)⁵⁹. La mejor prueba de ello sería que en la «Ley Calatrava» se regula esa «propiedad del autor»⁶⁰ sin someterla a un límite de tiempo⁶¹.

La serie de los precedentes de la Ley de 1847 se cierra con el Reglamento de Imprentas de 4 de enero de 1834, promulgado bajo el gobierno de la Regente María Cristina. El citado texto está en consonancia con la ambigüedad que caracteriza, en lo político, a ese período⁶². Las rúbricas que llevan los títulos del citado Reglamento reflejan significativamente la caracterización que asignamos a esta fase: Tít. I, «De la impresión de libros exentos de licencia o sujetos a ella»; Tít. II, «De los censores y censura»; Tít. III, «De las obligaciones de los autores, impresores y grabadores, y de su responsabilidad»; Tít. IV, «De la propiedad y privilegios de los autores y traductores»; Tít. V, «De la introducción de libros y revisores de éstos»; Tít. VI, «Del gobierno y administración de este ramo de imprentas».

Es decir, si, por un lado, pretende tal Reglamento restaurar el antiguo sistema de privilegios o licencias de imprenta, regulando con ese motivo, además, lo relativo a la censura de obras, es ya muy difícil cerrar el paso al nuevo orden que representa la llamada «propiedad del autor», entrevisto a través de la episódica vigencia

⁵⁹ Los citados preceptos extraen consecuencias concretas del principio así enunciado en el art. 1.º Los arts. 6.º y 7.º se refieren al «desamparo» o «abandono de la propiedad de la obra por su propietario» y los arts. 10 y 15 califican las infracciones de este derecho como «usurpaciones de la propiedad» (*vid.* el art. 15: «Siendo en todos los casos expresados la usurpación de la propiedad un crimen de hurto...»).

⁶⁰ *Vid.* también en la «Gaceta Española» de 21 de julio de 1823, p. 349, la sesión de Cortes del día 20 de julio de 1823: «El Sr. Salvá, como individuo de la comisión, apoyó el dictamen de ésta, manifestando que la comisión reconocía el derecho de propiedad en cuanto a las obras literarias, del mismo modo que lo reconocería respecto de cualquiera otra propiedad.»

Piénsese, además, que en el trienio constitucional al que corresponde este texto legal sobre propiedad literaria se inscribe el Proyecto de Código civil de 1821, cuyo art. 42 definía el derecho de propiedad como «derecho de aprovecharse y disponer libremente del producto del trabajo personal...» (*vid.* LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación civil*, tomo 4, volumen II, pp. 8 y siguientes).

⁶¹ Sin embargo, a decir verdad, el Proyecto inicial de Ley de 1823 —y lo hacemos constar como muestra también de la ya aludida inseguridad de las convicciones en estos lapsos constitucionales— *si* había previsto inicialmente un plazo de duración al derecho de propiedad sobre las obras literarias. *Vid.* así el art. 1.º del Proyecto inicial: «Los autores, traductores, comentadores o anotadores de cualquier escrito, son dueños propietarios de las producciones de su ingenio durante su vida y *veinte años después de ella lo serán también sus herederos...*» El Proyecto de Ley de 1823 se reproduce también en la «Gaceta Española» de 13 de julio de 1823, que da cuenta de la sesión de Cortes del 12 del mismo mes y año (*vid.* sus pp. 325 a 327).

⁶² Piénsese en el intento de frenar y, a la vez, contentar a los liberales exaltados que representa el Estatuto Real de 1834.

de los textos de 1813 y 1823. De ahí, el intento conciliador de ambos sistemas que representa la rúbrica de su Título IV: «De la propiedad y privilegios de los autores y traductores»; los preceptos incluidos en ese Título recogían, además, sustancialmente el contenido de los preceptos del Decreto de Cádiz ⁶³.

II. CONTEXTO Y PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA LEY DE 1847

La incorporación definitiva del derecho de autor al Derecho privado, operada mediante la Ley de 1847, coincide con los inicios del proceso codificador en España.

La Ley de 1847 se inscribe en la fase inicial de la hegemonía del Partido moderado (1844-1854), etapa de prosperidad en lo económico ⁶⁴ y todavía de cierta tibieza en lo político ⁶⁵, antes de la asunción de poderes casi dictatoriales por Narvaez a partir de 1848, como reacción al ciclo revolucionario europeo.

En este paréntesis de estabilidad, había sido creada también, por Decreto de 19 de agosto de 1843, la Comisión General de Codificación, cuya Sección civil tuvo tiempo —antes de ser suprimida la Comisión por Decreto de 31 de julio de 1846— de elaborar cincuenta y tres Bases del Código civil ⁶⁶ y los tres Libros de la redacción inicial del futuro Proyecto de 1851.

A nuestros efectos, interesan la Base 25 («La propiedad artística e industrial se regirá por leyes especiales») y el Libro II («De la propiedad y de los diversos modos de adquirirla»), elevado al ministro de Gracia y Justicia por Juan Bravo Murillo, Presidente de la Comisión, el 18 de enero de 1847. Si bien no consta nominalmente el autor de dicho libro, se sabe casi con absoluta certeza ⁶⁷ que fue obra del jurista Tomás M.^a de Vizmanos ⁶⁸.

⁶³ Lo pone de relieve PÉREZ CUESTA, loc. cit., p. 342.

⁶⁴ El año de 1846 —que ha sido incluso calificado de año de verdadero apogeo en la historia económica del siglo (vid. COMELLAS GARCÍA LLERA, José Luis, *Los moderados en el poder. 1844-1854*, C.S.I.C., Madrid 1970)— inicia un período claro de expansión económica, al que no fueron ajenos la reforma tributaria llevada a cabo por Alejandro MON en 1845 y la estabilidad política del momento.

⁶⁵ La oposición había quedado prácticamente neutralizada. Los frecuentes cambios de gobierno se debían simplemente a disensiones dentro del propio partido moderado (vid. a este respecto COMELLAS, op. cit., p. 114).

⁶⁶ Fueron dichas Bases aprobadas por la Comisión General de Codificación y elevadas al Gobierno el 7 de marzo de 1844.

⁶⁷ Justificado en LASSO GAITE, Juan Francisco., *Crónica de la Codificación española*, tomo 4, vol. I, p. 188.

⁶⁸ VIZMANOS fue el artífice, junto con José AYUSO y Eugenio de TAPIA, del Proyecto de Código civil de 1836.

No se había ocupado dicho Proyecto de la «propiedad literaria»: la obra intelectual no estaba contemplada entre las «clases de bienes» del Título Primero, Libro II,

La influencia del Código civil francés —reconocida por Vizmanos— es muy acusada en este Libro. Y, sin embargo, no está en el modelo francés (Título II del Libro II del Código civil francés: «De la propriété») la referencia del capítulo I a «las producciones del talento y del ingenio» («Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de su autor, y se regirán por leyes especiales.»), referencia que constituirá el contenido del art. 393 del futuro Proyecto de 1851.

Si se encuentra, en cambio, dicha referencia en otro código europeo redactado también a partir del napoleónico, el Código civil sardo de 1837 («Codice civile per gli Stati del Re di Sardegna»), cuyo art. 440 establecía: «Le produzioni dell'ingegno umano sonno proprietà dei loro autori, sotto l'osservanza delle leggi e dei regolamenti che vi sonno relativi.» No es difícil suponer que sea éste el modelo, tanto de la referencia de ese Libro II redactado por Vizmanos, como del art. 393 del futuro Proyecto de 1851.

A partir de estas coordenadas (Base 25 y Libro II del futuro Proyecto de 1851), fue elaborada y promulgada la Ley sobre propiedad literaria de 10 de junio de 1847. La Ley no engendró prácticamente debate parlamentario, ni del poco que hubo resultaron modificaciones sustanciales respecto al Proyecto inicial, presentado por el Gobierno al Senado. Su discusión efectiva se redujo a tres sesiones en el Senado⁶⁹ y una en el Congreso⁷⁰.

Ni en la discusión parlamentaria ni en las escasas aportaciones doctrinales que existen sobre este texto legal encontramos indicios que apunten a influencias exteriores bien definidas. Aun así, sus preocupaciones, los problemas que se plantean al discutirla y los argumentos que se traen a colación producen una sensación de «déjà vu» (o, mejor, de «déjà ouï»), en cuanto evocan la gestación en el resto de Europa y, sobre todo, en Francia de las normas básicas de la propiedad literaria.

III. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA LEY ESPAÑOLA DE 1847

Es ésta de 1847 la primera ley que, con carácter sistemático y específico, se ocupa de la propiedad intelectual en España.

ni existía tampoco la menor referencia al derecho sobre ella en el Título II del mismo Libro, regulador «Del derecho de propiedad y de los modos de adquirirla».

⁶⁹ 10, 11 y 12 de marzo de 1847 (Diario de Sesiones del Senado de 1847, núms. 23, 24 y 25).

⁷⁰ Sesión de 17 de abril de 1847 (Diario de Sesiones del Congreso de 1847, n.º 77).

Fue promulgada con el propósito de establecer una legislación sustantiva destinada a sustituir el antiguo sistema de los privilegios de imprenta⁷¹. Representa una regulación de la materia que ya es propiamente civil, por contraposición a esa fase inicial que calificábamos de fase administrativa, dado que la regulación de los privilegios se insertaba en un contexto más amplio de normas relativas a la censura y disciplina de imprenta.

La expresión «propiedad literaria» con que la Ley de 1847 designa el objeto de su regulación es de influencia francesa; está tomada de los Decretos revolucionarios de 1791 y 1793 a que antes se ha aludido. En este momento —paralelamente a lo expuesto en relación al desarrollo europeo del derecho de autor—, la expresión «propiedad» no se utiliza todavía con carácter técnico. Para el legislador de 1847, no es demasiado importante que el derecho del autor sobre su obra sea o no un verdadero derecho de propiedad, sino que lo único importante es que el derecho del autor, en tanto que derecho exclusivo sobre un objeto, admita ser regulado por medios análogos al derecho de propiedad: «... y si la Comisión la titula así [“propiedad literaria”] es porque no encuentra otro modo de expresar esta idea [derecho sobre las obras del ingenio], y porque no ha creído conveniente variar el lenguaje adoptado en este punto en toda Europa»⁷².

Como el legislador de 1847 no se hace excesivas preguntas sobre la naturaleza jurídica de la institución, tampoco en el ámbito español se discutió excesivamente el hecho de que, por una parte, se llamase «propiedad» al derecho del autor, pero, por otra parte,

⁷¹ *Vid.* así la presentación al Senado del Proyecto de Ley de 1847, por el Ministro de Comercio, Instrucción y Obras Públicas, Mariano Roca de Togores: «Hasta estos últimos tiempos se consideró el derecho de imprimir las obras como un nuevo privilegio... El principio fundamental de esta materia es el derecho de propiedad... De este principio ha partido el Gobierno en las principales disposiciones del adjunto proyecto de ley...» (Diario de Sesiones del Senado de 1847, apéndice al n.º 17, de 20 de febrero).

⁷² Se recoge la intervención ante el Senado del marqués de Falces, miembro de la Comisión encargada por dicha Cámara de dictaminar el Proyecto de Ley (*vid.* el Diario de Sesiones del Senado de 1847, n.º 23, de 10 de marzo).

Vid. también (*id.* Diario) la intervención de Florencio García Goyena, miembro asimismo de la citada Comisión: «La propiedad literaria, señores, es una... creación del legislador fundada en motivos de justicia respecto al autor y en motivos de conveniencia respecto del público.»

Sobre el valor meramente convencional del término «propiedad» aplicado a las obras del ingenio, *vid.* asimismo la doctrina española relativa a la Ley de 1847. Así GUTIÉRREZ, Benito, *op. cit.*, p. 467: «... La ley necesitaba resolver este problema y ha preferido como el medio más a propósito, declarar al autor dueño exclusivo...»; y GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos del derecho civil y penal de España*. 11.ª ed., corregida y aumentada por Juan Manuel MONTALBÁN, Madrid, 1874, tomo I, p. 733: «De aquí dimana que en todas partes se vaya desenvolviendo el principio de protección a la propiedad intelectual por medios análogos a los que se emplean para la defensa del dominio de las cosas materiales.»

se reconociese el derecho al autor y a sus herederos sólo por tiempo limitado —durante la vida del autor y cincuenta años más (art. 2) ⁷³, pasados los cuales la obra entraba en el dominio público y podía ser utilizada por cualquiera—, en contraste con el derecho de propiedad ordinaria sobre bienes materiales, que, por definición, es de carácter perpetuo.

En éste y en otros puntos, se demuestra que la Ley de 1847 no está todavía lejos del régimen de los privilegios, que, sobre todo al principio, se concedían también por tiempo limitado. Aunque no se puede decir que sea una ley autárquica, pues su preocupación por proteger al autor, reconociéndole un derecho sobre los frutos de su trabajo y el hecho de llamar «propiedad» a ese derecho obedece a influencias exteriores ⁷⁴ —y, más en concreto, francesas— a la hora de dar respuesta a esas preocupaciones sigue su propio camino y recurre a disposiciones del Derecho histórico español de la etapa de los privilegios. Lo que intenta es sistematizarlas y reunir las en un cuerpo legal que se ocupe sólo de lo relativo a la propiedad del autor; es decir, pretende dotar al derecho de autor de una sede específica, dentro del Derecho privado, además.

Algunos de los rasgos más sobresalientes de este texto de 1847 demuestran ese doble carácter que le estamos asignando, de ley que, no obstante conservar reminiscencias de la etapa de los privilegios, representa ya una regulación moderna del derecho de autor.

Así, desde el punto de vista del objeto protegido, no consigue todavía desvincular plenamente el derecho sobre la obra del derecho (de propiedad ordinaria) que recae sobre el objeto físico portador de dicha obra ⁷⁵. Es por ello que, al igual que los antiguos privilegios de imprenta, en realidad sólo protege plenamente a la obra escrita (art. 1) y, además, a la obra escrita en forma de libro. Así, aunque mencione entre las obras protegidas a las obras orales

⁷³ Vid. GUTIÉRREZ, op. cit., comentario del art. 2.º de la Ley, p. 477.

⁷⁴ *Id.* discurso de presentación del Proyecto de Ley por Roca de Togores: «Si hay una propiedad respetable y sagrada, ninguna lo es más que la que aquellos [los autores] tienen sobre sus obras; en ellas han empleado su tiempo, sus afanes... y hasta puede decirse que los frutos de su entendimiento son como una emanación de ellos mismos, una parte de su propio ser. Nada por lo tanto más justo que el que las leyes amparen esta propiedad, igualmente que a cualquiera otra... impidiendo que se usurpe malamente a impulso del interés el fruto del ajeno trabajo...» (*id.* Diario del Senado antes citado).

Fácilmente se verá que no sólo el tono declamatorio, sino incluso los términos concretos del discurso del Ministro español son iguales a los del ya transcrito discurso de LE CHAPÉLIER de presentación del Decreto francés de 1791 (*vid. supra* notas del epígrafe «La noción de «propiedad del autor» en textos de Derecho positivo...»).

⁷⁵ Recuérdesse que habíamos indicado en el capítulo anterior que en la etapa de los privilegios el objeto protegido era antes el producto de la imprenta que la obra, del espíritu.

(art. 3,2.º: «... sermones, alegatos, lecciones u otros discursos pronunciados en público...»), el derecho que confiere la Ley de 1847 sobre las mismas estará supeditado, al menos en cuanto a su duración, a que éstas queden asentadas en un tomo o volumen, que la Ley llama «colección» (arts. 3,3.º y 4,1.º) Y sólo, en definitiva, por falta de abstracción respecto a un objeto material, se explica también que el derecho de reproducción de la obra plástica se asigne, no a su autor, sino al adquirente de su soporte original y que la mera posesión o tenencia material de un manuscrito constituyese título suficiente para adquirir el derecho a imprimirlo en exclusiva (*vid.* su art. 6.º). Todo ello significa que las posibilidades de actuación sobre la obra se presentan todavía hasta cierto punto como emanación del derecho de propiedad sobre el objeto que la representa.

También puede considerarse una reminiscencia de la época de los privilegios el hecho de que para gozar de los beneficios de la Ley se exija al autor que deposite su obra ante la autoridad administrativa. Nos referimos a la «obligación» («rectius», carga) de depósito de la obra que impone el art. 13 de la Ley. En la época de los privilegios, dicha obligación se imponía a quien quisiera imprimir una obra, para proceder a la censura de la misma. La Ley del 47 no aclara con qué finalidad exige el depósito, pero en la discusión parlamentaria se arguyó como pretexto que ello se establecía para mayor garantía de los autores⁷⁶.

Desde el punto de vista de los derechos que corresponden al autor, esta Ley sí supone un cierto avance. En primer lugar, porque, aunque subsista el carácter temporalmente limitado del disfrute, hay una ampliación considerable del plazo, de unos diez años, como máximo, durante la época de los privilegios o etapa administrativa de la institución, a toda la vida del autor más cincuenta años en la Ley del 47 (art. 2.º).

Otro aspecto en que se supera el régimen anterior es la ampliación del contenido del derecho que se reconoce a los autores. Aunque la «propiedad literaria» siga siendo sinónima del derecho exclusivo a imprimir la propia obra (*vid.* el art. 1.º Ley de 1847), el legislador del 47 fue consciente de que con eso sólo los autores no quedaban suficientemente protegidos.

⁷⁶ El debate de la Ley de 1847 en el Senado hace pensar que, en realidad, propiedad literaria y libertad de imprenta eran cuestiones todavía no perfectamente delimitadas en aquel entonces. Ésa es la impresión que producen, durante la discusión del art. 19 (Diario de Sesiones del Senado de 1847, no. 25, de 12 de febrero), las palabras de un miembro de la Comisión: «... se me podrá decir que los delitos de imprenta no son lo mismo... pero en la ley de imprenta del año 34 [se refiere al ya citado Reglamento de 1834]... se hacía una mezcla más o menos oportuna de todos los delitos de imprenta, bien fuesen de los que perjudicaban al orden público, bien fuese solamente a los particulares considerándolos como propietarios de alguna obra.»

En efecto, durante la etapa anterior, el autor podía oponerse a que sujetos no autorizados por él imprimiesen su obra; pero lo que quedaba fuera de su alcance era impedir, si se trataba de una obra dramática o musical, que su obra fuese representada en público sin su consentimiento. El legislador de entonces se resistió a proteger a los autores en este aspecto, pues consideraba el teatro como un arte de baja estofa y de carácter poco edificante. El legislador de 1847, libre ya de tales prejuicios, se decide a reconocer a los autores de obras dramáticas y musicales el derecho a no dejar representar sus obras o a decidir quién ha de representarlas durante veinticinco años ⁷⁷.

El reconocimiento de ambos derechos, el de imprimir en exclusiva, que se predica de todas las clases de obras protegidas en la Ley, y el de representar en exclusiva, predicado como peculiaridad de las obras dramáticas y musicales, determina la propia sistemática de la Ley de 1847 y, en concreto, la distribución de sus preceptos en dos Títulos: el Título Primero, consagrado en general a los «derechos de los autores», y el Título Segundo, que se ocupa en particular «de las obras dramáticas». La Ley se completa, además, con un Título Tercero que se ocupa «de las penas» que corresponden por la infracción de los derechos en ella reconocidos ⁷⁸.

Si destacamos este dato formal de la sistemática de la Ley de 1847, es porque la misma se mantendrá a grandes rasgos en el texto legal que tomará el relevo de la Ley de 1847: la Ley de propiedad intelectual de 1879. No es éste el único rasgo común que existe entre nuestras dos anteriores Leyes de propiedad intelectual, a pesar de que una y otra se inscriben en diferentes etapas del pensamiento jurídico en torno al derecho de autor.

⁷⁷ «Con el mismo espíritu y con iguales miras se ha procedido en el Título II, insertando algunas disposiciones particulares concernientes a las composiciones dramáticas o musicales, no cuando se publican por medio de la imprenta, del grabado u otro semejante, en cuyo caso entran en la clase de las demás y quedan sujetas á sus disposiciones generales, sino cuando tienen un modo propio y peculiar de darse al público por medio de la representación en el teatro. Entonces constituyen una especie aparte que exige sus reglas propias, y el Gobierno no ha podido dejar de proponer que se ampare el derecho de propiedad de los autores o de sus herederos y derechohabientes en sus respectivos casos para que no se vean defraudados de compartir á lo menos los beneficios de una empresa en que la parte principal es suya» (así en el citado discurso de presentación del Proyecto de Ley; *vid.* Diario citado).

⁷⁸ *Vid.* GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 474; pp. 490 y ss.

TERCERA PARTE:

LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 10 DE ENERO DE 1879

I. EL DEBATE EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE AUTOR EN EL ÚLTIMO TERCIO DEL SIGLO XIX

En la etapa anterior del pensamiento jurídico, a la que podemos adscribir la Ley de 1847, se había recurrido al concepto —o, mejor, la imagen— de la propiedad con fines polémicos y políticos: se pretendió reconocer al creador de una obra intelectual un derecho de señorío sobre ésta, distanciándose de la idea de privilegio; la noción de «propiedad del autor» estuvo entonces desprovista de todo rigor y significado técnico⁷⁹. Una vez la misma hubo servido a la finalidad perseguida⁸⁰, es decir, una vez el derecho se encuentra ya establecido e implantado en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, entramos en una fase en la que se intenta determinar la naturaleza y el lugar que corresponde a ese derecho subjetivo dentro del Derecho privado⁸¹.

El norte, el objetivo último de esa evolución que acabamos de trazar es, en definitiva, alcanzar una ampliación y una consolidación del contenido del derecho de autor. De nuevo, hay que señalar —como lo hicimos para la etapa anterior— que la persecución de ese objetivo es común a todo el ámbito occidental, aunque no lo son las etapas de dicha evolución ni tampoco los instrumentos jurídicos empleados.

De manera quizá excesivamente lineal, aunque esclarecedora, podemos establecer que, frente a los sistemas jurídicos de los países románicos (Francia⁸², Portugal y España⁸³)⁸⁴ y los de su área

⁷⁹ Refiriéndose a la concepción del derecho de autor imperante a finales del siglo XVIII, señala von GIERKE: «Zum Theil verstand sie unter Eigenthum nur die irgend einem Rechte entsprechende volle Herrschaftsmacht,... jedoch vom Urheberrechte nichts weiter aussagte, als daß es eben ein gutes und volles Recht sei» (*vid.* von GIERKE, Otto, *Deutsches Privatrecht*, 1. Band, München und Leipzig 1936, p. 760).

⁸⁰ «... la propiedad literaria no se discute ya en ninguna parte, y por esta razón el Congreso sólo tenía que ocuparse de las reformas de que son susceptibles en este punto las legislaciones» (*vid.* la crónica del Congreso de la «Asociación Literaria y Artística Internacional», celebrado en Madrid en 1887, en MALUQUER Y SALVADOR, José, *RGLJ 1887*, tomo 71, pp. 495 y ss. y 626 y ss.; 1888, tomo 72, pp. 57 y ss.).

⁸¹ «Mit Hilfe der Idee vom geistigen Eigentum hatte das subjektive Recht des Urhebers seine positivrechtliche Anerkennung gefunden. Es war zur Gesetzesnorm geworden. Nunmehr handelte es sich um den Ausbau der Rechte des Urhebers... » (así ROEBER, «Urheberrecht oder Geistiges Eigentum...» cit., p. 154).

⁸² A señalar que, en el caso particular de Francia, el desarrollo de la institución es antes jurisprudencial que legislativo. La Ley de 1793 siguió siendo la ley orgánica

de influencia, como México ⁸⁵, por ejemplo, que optan decididamente por ahondar en el concepto de propiedad, entendiendo que éste es lo suficientemente amplio y flexible como para dar cabida a las especialidades de la propiedad literaria, Alemania abandona antes la construcción de la «geistiges Eigentum» ⁸⁶, saliendo su doctrina especializada a la búsqueda de nuevas fórmulas en el encuadramiento y definición del derecho de autor («Urheberrecht») ⁸⁷.

A su vez, en el propio seno de la doctrina alemana o de influencia germánica, quedan perfiladas dos tendencias ⁸⁸. Por una

sobre la materia hasta mediados del siglo XX (*vid.* art. 77 de la «Loi n.º 57-298 sur la propriété littéraire et artistique», de 11 de marzo de 1957, que la deroga expresamente) y todas las leyes que hasta entonces se sucedieron tuvieron únicamente por objeto ampliar el plazo de protección otorgado por aquélla.

⁸³ *Vid.* el Preámbulo de la Proposición de Ley (la futura Ley de 1879) presentada al Congreso español en 1876: «Es indudable, pues, que la propiedad intelectual es una propiedad de orden común, y que para vivir no necesita otra cosa que el régimen de la ley general, por lo que es fácil comprender, que su constitución debe ser objeto de dicha ley y de una reglamentación que determine los medios prácticos de ejecutarla.» (Diario de Sesiones del Congreso de 1876, n.º 116, de 6 de noviembre).

⁸⁴ No así Italia. En este período, el legislador italiano intenta obviar cualquier toma de posición en torno a la naturaleza del derecho. «E perciò appunto esso formò presso tutt'i popoli civili la materia di quella che alcuni dissero facoltà di copia, ed altri diritto di proprietà letteraria o artistica, e che noi, per evitare vane dispute di parole, *non abbiamo voluto nè definire nè nominare*»* (así se pronunció Antonio SCIALOJA, relator de la Ley italiana de 25 de junio de 1865 («Legge sui diritti spettanti agli autore delle opere dell'ingegno»). *Vid.* «Leggi e decreti sui diritti degli autori delle opere dell'ingegno», publicadas por el «Ministero di agricoltura, industria e commercio. Ufficio della proprietà intellettuale», Roma, 1914).

Confirman tal indefinición en este período en el ámbito italiano STOLFI, *op. cit.*, p. 161; y ROEBER, *loc. cit.*, p. 156.

* La cursiva es mía.

⁸⁵ El Código civil mexicano de 1871 había reconocido incluso carácter perpetuo al derecho de propiedad literaria (*vid.* sus arts. 1.245 y ss.).

⁸⁶ La expresión «geistiges Eigentum» se utiliza por última vez para designar los derechos de autor en un texto legal en la «Verfassung des Norddeutschen Bundes» de 1867, art. 4, Nr. 6 —que menciona a la propiedad intelectual entre las competencias que la Confederación se reserva frente a los Estados federados—, que pasaría a ser «Reichsverfassung» en 1871, a raíz del proceso de unificación alemana. Las leyes prusianas sobre la materia de 1870 y 1876 —que, en virtud del mismo proceso, se convertirían también en «Reichsgesetze»— se titulan ya «Urheberrechtsgesetze».

⁸⁷ La división internacional que acabamos de trazar se puso incluso de relieve durante la Conferencia de Berna de 1885, de la que saldría la Convención de 9 de septiembre de 1886: mientras los delegados franceses proponían que dicha Convención se designase «Convención para la protección de la propiedad literaria y artística», los delegados alemanes eran partidarios de la denominación «Urheberrechte», salvándose finalmente dichas discrepancias mediante la fórmula que sigue sirviendo de denominación a la Convención y a la Unión Internacional creada también a raíz de dicha Conferencia: «Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.»

⁸⁸ Dejando aparte a quienes, como GERBER, niegan el derecho de autor; para él, el derecho de autor no constituye siquiera un derecho subjetivo, sino tan sólo el reflejo de una prohibición legal: «... sie gehört in die weite Classe der Handlungen

parte, la de quienes asumen una explicación exclusivamente patrimonialista del derecho de autor⁸⁹; y, por otra, la de quienes, por el contrario, estructuran el derecho de autor en su conjunto en torno a un derecho de la personalidad⁹⁰.

Queda así inaugurada la contraposición, clásica para la institución, entre tesis «monistas» y «dualistas»⁹¹.

der sogenannten natürlichen Freiheit, welche man nicht ohne die Gefahr des Vorwurfs der Pedanterie als Rechte darstellen wird» (*Vid.* GERBER, C.F. von, «Über die Natur der Rechte des Schriftstellers und Verlegers», en *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 3. Band, Jena, 1859, pp. 359 y ss.). Refiriéndose a la tesis de GERBER, dirá lapidariamente von GIERKE: «In Wahrheit ist eine derartige Konstruktion überhaupt keine Konstruktion, sondern eine Insolvenzerklärung der Privatrechtsjurisprudenz» (op. cit., p. 757). *Vid.* por todas la acerada crítica a la construcción de GERBER en KOHLER, Josef, «Das Autorrecht», separata de *Iherings Jahrbücher* XVIII Band, Jena, 1880, pp. 5; 57 y ss.

⁸⁹ Por orden cronológico, Oskar WÄCHTER, R. KLOSTERMANN, Josef KOHLER (*vid.* obras citadas en la Bibl. general). No se trata tanto de que dichos autores nieguen la existencia de otro tipo de intereses del autor de una obra intelectual, como de que entiendan que su consideración escapa a lo que constituye el contenido propio y específico de la «geistiges Eigentum»: «Denn eine Kränkung dieser Art ist ganz unabhängig von den Voraussetzungen des geistigen Eigentumes. Der Verfasser kann den Schutz der verletzten Persönlichkeit in jedem Falle anrufen, auch wenn er das Recht der ausschliesslichen Vervielfältigung gar nicht erworben, oder bereits wieder veräussert hat.» (*vid.* KLOSTERMANN op. cit., p. 125). Esos otros intereses, se dirá, atañen, en definitiva, al derecho general de la personalidad, sin ser específicos del autor.

⁹⁰ Por orden de importancia, Otto von GIERKE en primer lugar (*vid.* op. cit.), puesto que fue él quien dio una formulación general a dicha tesis; y también autores como Georg BESELER*, Johann Caspar BLUNTSCHLI**, Felix DAHN*** y Hermann ORTLOFF****, incluso con el apoyo de filósofos del Derecho como Heinrich AHRENS. Los representantes de esta tendencia se remontan, como precursores de la misma, (*vid.* GIERKE, op. cit., p. 764; DAHN, F., *Deutsches Privatrecht. Grundriss*, Leipzig, 1878, I, p. 45.) a dos textos de Immanuel KANT: uno de ellos en la primera parte de la *Metaphysik der Sitten* —«Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre»—, donde KANT califica el derecho sobre un escrito como «ein auf dingliche Art persönliches Recht» (*vid.* KANT's Werke, Berlin, 1907, Band VI, p. 289); y un artículo aislado de 1785, donde había aparecido por primera vez dicha construcción («Über die Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks», *Berlinische Monatsschrift*, 5. Band [Januar bis Junius 1785], pp. 403-417; el artículo aparece también recopilado en *KANT's Werke*, Band VIII, pp. 79 y ss.).

* (1809-1888) Es BESELER uno de los representantes de la tendencia germanista dentro de la Escuela Histórica del Derecho (*vid.* WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, pp. 230; 241 y ss.). Para sus tesis sobre el derecho de autor, *vid.* su *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, cit. en Bibl.

** (1808-1881) Introdutor de las ideas de SAVIGNY en Suiza (*id.* WIEACKER, p. 259); maestro de HUBER, artífice del ZGB suizo (*id.* WIEACKER, p. 296). Sus tesis sobre el derecho de autor están recogidas fundamentalmente en su *Deutsches Privatrecht* (*id.* Bibl.).

*** Felix DAHN, discípulo de BLUNTSCHLI.

**** Hermann ORTLOFF, «Das Autor- und Verlagsrecht als strafrechtlich zu schützendes Recht» en *Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena 1861, 5. Band, pp. 263 y ss.

⁹¹ Con la configuración de las dos tendencias expuestas en texto, queda abierta la histórica brecha entre tesis dualistas y monistas, debate que parece haber quedado

Por no ser sincrónicos, como ya ha quedado apuntado, los hitos de la evolución conceptual del derecho de autor, sólo con posterioridad, esta contraposición entre ambas posiciones irá propagándose a los demás países⁹².

La incidencia en Derecho español de dicha polémica será prácticamente nula, dado que la legislación y doctrina españolas son de las que con más convicción y persistencia profesan la construcción de los derechos de autor como derecho de propiedad⁹³, si bien de carácter especial. Sólo bien entrado el siglo XX, autores muy concretos, como Nicolás Pérez Serrano⁹⁴, Federico de Castro y Bravo y José Castán Tobeñas⁹⁵, podrían adscribirse a la corriente dualista⁹⁶.

Ha parecido, pues, que tanto la falta de reflejo de ese debate teórico en nuestros textos legales, como lo tardío de dichas preocupaciones en nuestro ámbito eximen de cualquier estudio parti-

saldado en la actualidad a favor del monismo (*vid.* ULMER, Eugen, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin/Heidelberg 1980, p. 118; BAYLOS CARROZA, Hermenegildo, *op. cit.* p. 459; PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *loc. cit.*, p. 717; BERCOVITZ, Rodrigo, comentario al art. 1.º de la L.P.I. de 1987, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por...*, Madrid 1989, p. 27; LACRUZ BERDEJO, comentario al art. 2.º L.P.I. en *Comentarios...* *cit.*, p. 34). Vista desde fuera, sorprende dicha controversia por lo estéril —dado que ambas posturas reconocen la existencia de un doble tipo de facultades (así, el propio GIERKE, *op. cit.*, p. 759) y difieren sólo a la hora de establecer si todas ellas se integran en el derecho de autor como distintas manifestaciones de un único derecho, o bien se desdoblán en dos derechos de signo distinto—; y por lo confusa —dado que unas mismas tesis son calificadas indistintamente como monistas o como dualistas (*vid.* BAYLOS CARROZA, *op. cit.*, p. 459; y RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, «Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales», en *Rev. de Derecho Privado 1949*, pp. 747 y ss., 830 y ss.)—.

⁹² Según MALUQUER Y SALVADOR, ya en el Congreso de Madrid de 1887, había apuntado la citada controversia (*loc. cit.*, p. 499).

⁹³ Con cierta condescendencia, lo pone de relieve el propio von GIERKE: «Vollen Ernst macht mit der Theorie des geistigen Eigentums das spanische Recht, indem hier das Zivilgesetzb. v. 1889 Art. 429 vorschreibt, daß auf das geistige Eigentum subsidiär alle Bestimmungen über das Eigentum anzuwenden sind» (*op. cit.*, p. 761, nota 52).

⁹⁴ A PÉREZ SERRANO cabe atribuirle el mérito de haber sido el divulgador en el ámbito jurídico español de la categoría del llamado «derecho moral de los autores» (*vid.* PÉREZ SERRANO, Nicolás, «El derecho moral de los autores» en el *Anuario de Derecho civil*, 1949, pp. 7 y ss.).

⁹⁵ *Vid.* de CASTRO Y BRAVO, Federico, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1984 (reimpresión de la ed. de 1972), pp. 21 y ss.; y CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1957 (9.ª ed.), tomo II, pp. 361 y ss.; Madrid, 1963, tomo I, 2, pp. 365 y ss.

⁹⁶ Mientras DE CASTRO y CASTÁN coinciden ya en negar el encuadramiento del derecho de autor en el derecho de propiedad (*vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 21-22; CASTÁN, *op. cit.*, tomo II, pp. 380; 383; tomo I, 2, p. 366), PÉREZ SERRANO mantiene todavía la tesis del derecho de autor como propiedad especial, considerando casi como un mal inevitable la necesidad de reconocer esos intereses personales del autor en su obra porque «pueden autorizar para infidelidades contractuales, opresión de los editores o legítimos adquirentes de derechos y constante inseguridad jurídica» (*vid.* así *loc. cit.*, p. 27).

cularizado de las distintas posiciones en torno a la naturaleza jurídica del derecho de autor.

Las páginas que siguen no pretenden entonces introducirse en dicho debate, sino mostrar cómo en el mismo período en que en el ámbito español se promulga la Ley de 1879, anclada en la construcción de la propiedad intelectual⁹⁷, se construye una disciplina científica en torno al derecho de autor⁹⁸.

II. LA ELABORACIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO DE AUTOR

Tal y como se indica en el anterior epígrafe, ya en este último tercio del siglo XIX se detecta en el ámbito germánico un amplio movimiento de superación de la tesis del derecho de autor como «propiedad *sui generis*»⁹⁹.

Sin embargo, la posible construcción alternativa de los derechos de autor estaba en este momento todavía en fase de negación —se hacía sobre todo hincapié en los elementos que alejaban al

⁹⁷ «La Ley de 1879 es, desde el punto de vista de la doctrina jurídica relativa al Derecho de Autor estrictamente monista. Se basa exclusivamente en el reconocimiento de lo que, en las fechas de su redacción se llamaba *Dominio espiritual*, «*Geistiges Eigentum*», frente a lo que los tratadistas llamaban, también entonces, derechos intelectuales, que sumaban a un derecho de dominio precedero y transmisible un conjunto de derechos personales perpetuos e intransferibles. El reconocimiento de estos derechos personales del autor que más tarde se han llamado «derechos morales» ha dado origen a una doctrina dualista que informa la casi totalidad de las legislaciones y la jurisprudencia... La Ley de 1879, estrictamente patrimonialista... no define los derechos de la persona conexos con la Propiedad Intelectual...». Es éste el balance que del texto de 1879 se realiza en vísperas de la reforma que culminará en la actual Ley de Propiedad Intelectual de 1987. *Vid.* así el «Dictamen de la Comisión de Educación, Universidades, Investigación y Cultura sobre prioridades legislativas en materia de derechos de autor y de la propiedad intelectual.» (BOCG de 1985, Serie I, n.º 152, de 14 de mayo, pp. 6253 y ss.; *vid.* pp. 6254-6255).

⁹⁸ «Selbständigere Rechtsgedanken waren es schon, die zur Ausgliederung des gewerblichen Rechtsschutzes (Literatur-, Musik- und Kunsturheberrecht, Verlagsrecht; Patent-, Gebrauchs- und Geschmacksmusterrecht; Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht) aus dem bürgerlichen Recht führten. Die juristischen Denkformen dieses Rechtsgebiets sind in einer sehr bedeutenden wissenschaftlichen Sonderleistung des 19. Jahrhunderts ausgebaut worden... Diese neuen Rechtslagen, die das gemeine Recht noch nicht kannte, hat in Deutschland bereits das junge Bismarcksreich sofort kodifizieren müssen...» (así WIEACKER, *op. cit.*, pp. 318-319).

⁹⁹ Existe prácticamente unanimidad entre los autores alemanes a la hora de señalar el descrédito de la construcción del derecho de autor como propiedad, con independencia de cuál sea la óptica que cada uno de ellos adopte en cuanto a su naturaleza jurídica. Así, se refieren al abandono generalizado de la tesis de la propiedad, p. ej., DERNBURG, (*op. cit.*, p. 721), que lo designa como «privates Gewerbe-recht»; KLOSTERMANN (*op. cit.*, p. 116), que se limita a establecer que el contenido de ese derecho es exclusivamente patrimonial (*op. cit.*, p. 119); y DAHN (*op. cit.*, p. 44) y ORTLOFF (*op. cit.*, p. 323), que lo califican de «höchst persönliches Recht».

«Urheberrecht» del derecho de propiedad—¹⁰⁰, sin haber podido llegarse todavía a la fase de afirmación: no se conseguía adscribir el derecho del autor sobre su obra a alguna otra de las categorías de derechos existentes, sin que, por otra parte, se hubiese llegado a poder aislarlo como categoría autónoma ¹⁰¹.

De una parte, se pone de relieve la imposibilidad de alinearlos entre los derechos personales o de crédito por su carácter absoluto: el deber de abstención que, para otros, deriva del derecho exclusivo que se reconoce al autor sobre su obra no es exigible frente a una única persona o personas determinadas, sino frente a todos y cualquiera ¹⁰². Y, sin embargo, a pesar de que ese dato de la eficacia *erga omnes* avala ciertamente algún tipo de parentesco con el derecho de propiedad ordinaria o brinda, cuando menos, la posibilidad de adscribir el derecho de autor a los derechos reales en general ¹⁰³, no hay más remedio que constatar la existencia de diferencias esenciales, que no resultan suficientemente expresadas ni por el concepto de propiedad, ni por la categoría de los derechos reales.

1. La aproximación a la naturaleza del derecho a partir de elementos negativos

La insuficiencia de la construcción de la «geistiges Eigentum» la cifran los juristas alemanes ante todo en dos elementos: el carácter incorporeal del objeto, la obra intelectual, sobre el cual tal derecho se proyecta y la presencia, en la relación entre el autor y su obra, de intereses no estrictamente patrimoniales. A la larga, según se sitúe el énfasis de la especialidad del derecho en uno u otro elemento, se llegará a las diversas posiciones en torno a su naturaleza a que se ha aludido en el anterior epígrafe.

¹⁰⁰ «Es ist auch anderwärts noch richtig dagegen hervorgehoben worden, daß das analoge literarische Eigentum weder Gegenstand noch Grund, weder Natur noch Schutz mit dem echten Eigentum gemein haben könnte...» (ORTLOFF, op. cit., p. 322). Lo que varía de un autor a otro es que, a la hora de distinguir, el énfasis se sitúe en uno u otro de esos elementos.

¹⁰¹ Se señalaba en concreto la dificultad de encajar el derecho sobre la obra del espíritu en las categorías heredadas del Derecho Romano (*vid.* AHRENS, op. cit., p. 149; ORTLOFF, op. cit., p. 319; KLOSTERMANN, op. cit., p. 121).

¹⁰² «... als einem absoluten, Alle bindenden Recht, die allgemeine Rechtspflicht gegenübersteht, die freie Thätigkeit in Bezug auf ein Geisteswerk zu beschränken, namentlich Vervielfältigungs- oder Veröffentlichungsacte zu unterlassen, so kann es doch hauptsächlich deshalb nicht als obligatorisches Recht angesehen werden, weil es regelmässig nicht individuell bestimmten Personen gegenüber besteht.» (*vid.* ORTLOFF, op. cit., p. 325). En el mismo sentido, KLOSTERMANN: «... äussert seine Wirkung allen Personen gegenüber» (op. cit., p. 114); AHRENS (op. cit., p. 150).

¹⁰³ DERNBURG op. cit., p. 721.

1.1. EL CARÁCTER INCORPORAL DEL OBJETO DEL DERECHO

Objeto del derecho de propiedad —o de cualquier otro derecho real— sólo puede serlo un bien de carácter material o «cosa»¹⁰⁴. La obra del intelecto no es una «cosa», entendida ésta como bien material¹⁰⁵.

Hay que destacar la importancia de esta última proposición, con todo y ser simplemente de carácter negativo, en la construcción del derecho de autor. Sólo a partir del momento en que dicha negación se convierte en premisa —y no ha ocurrido así hasta la época que ahora nos ocupa—, se está en camino de afirmar la

¹⁰⁴ Vid. DERNBURG (*Lehrbuch des Preussischen Privatrechts...*, cit., p. 721); y WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main 1906 (9. Auflage, bearbeitet von Theodor Kipp), 1. Band, § 137, pp. 689 y ss.; vid. sobre todo p. 693, nota 10.

Sorprende que los escrúpulos en torno a la especialidad del objeto se manifiesten precisamente en la órbita del «Allgemeines Landrecht», que, por influencia del lus-naturalismo (WIEACKER op. cit. 205; HATTENHAUER, op. cit. [vid. nuestra Bibl], p. 49), acogía en el concepto de «cosa» a todo posible objeto de un derecho (vid. ALR Teil I, Tit. 8., §§ 1-3), pudiendo tener entonces cabida en esa acepción amplia también algunos bienes incorpóreos, como los derechos que puedan constituir el objeto de un derecho de propiedad —o de cualquier otro señorío de carácter patrimonial, porque en el Código prusiano también a veces el término «propiedad» se aplicaba por extensión—. Ocurre que, ante el temor de que queden desvirtuados los conceptos a medida que se van introduciendo en ellos realidades cada vez más heterogéneas, se apela, de una parte, a la necesidad de no perder de vista el sentido genuino del concepto «cosa» —en sentido estricto, sólo el bien material— y, de otra, se argumenta que el hecho de que se pueda hablar de un derecho —en concreto, del derecho exclusivo sobre una obra— como posible objeto del derecho de propiedad, no convierte, a su vez, en propiedad a ese derecho en cuestión: «... man kann nicht einē «res incorporalis», an der man Eigenthum hat, selbst Eigenthumsrecht machen» (ORTLOFF, op. cit., p. 322); «Wenn also nach dem Sprachgebrauche des preussischen Rechtes das Verlagsrecht an einer Schrift... Objecte des Eigenthumes im weiteren Verstande ausmachen, so darf nicht behauptet werden, daß das geistige Eigenthum selbst, welches den Inhalt dieser Rechte ausmacht, eine Art des Eigenthumes sei, man müsste denn alle übrigen Rechte, die in demselben Sinne Gegenstand des Eigenthumes sind, zum Eigenthum zählen und damit den Begriff des Eigenthumes als eines besonderen Rechtes völlig aufheben.» (KLOSTERMANN, op. cit., p. 115).

¹⁰⁵ Esta insistencia de la doctrina alemana en que no debe quedar desvirtuado el concepto genuino de «cosa» acogiendo en él realidades incorpóreas acabará quedando plasmada en el Código civil alemán o «Bürgerliches Gesetzbuch» [BGB], que, por contraposición al «ALR», ciñe el concepto a los objetos corpóreos (§ 90 BGB). En la órbita francesa, en cambio, tanto el Código civil como la doctrina admitieron —y admiten— sin dificultades la categoría de los «bienes incorpóreos», lo que permitió la ya aludida pervivencia en dicho ámbito de la idea de «propiedad del autor». Vid. así AUBRY, Charles et RAU, Charles Frederic, *Cours de droit civil français*, Paris, 1875, tomo 7.º, pp. 170-171: «Dans la acception véritable du mot, la “propriété” ne se comprend que pour les choses corporelles. Mais le term “propriété” a été étendu à des choses incorporelles pour désigner le droit exclusif d’en user et d’en disposer... C’est ainsi encore qu’on qualifie de propriété littéraire, artistique et industrielle, le droit exclusif des auteurs, artistes, ou inventeurs, sur la valeur pécuniaire de leurs compositions...»

independencia conceptual del derecho sobre el producto del intelecto ¹⁰⁶.

Y ello porque, hasta que se formula dicha proposición, no se había conseguido desvincular plenamente el derecho sobre la obra del objeto físico portador de dicha obra, de manera que las posibilidades de actuación sobre la misma se presentaban hasta cierto punto como emanación del derecho de propiedad sobre aquel objeto ¹⁰⁷. Presupuesta, en cambio, la independencia respecto a un substrato material, se bifurcará ya irreversiblemente la trayectoria de ambos derechos.

Tampoco en este punto corresponde el mérito inicial al Derecho privado, sino que es éste, una vez más, tributario de determinadas aportaciones de la Filosofía del Derecho: «Das Bestreben, das Geistige des Buches als etwas besonderes auszuscheiden, lag übrigens damals in der Luft, wenn auch der Gedanke von Niemanden eine solche feine Ausarbeitung erfuhr, wie von Fichte...» ¹⁰⁸.

1.1.1. *La delimitación del objeto del derecho a partir de construcciones de la Filosofía: Fichte y Hegel*

Unánimemente ha sido puesta de relieve por los tratadistas germánicos del derecho de autor ¹⁰⁹ la contribución que determi-

¹⁰⁶ Para ilustrar la importancia que reviste la asunción de dicha premisa de carácter negativo, a la hora construir el derecho de autor como derecho autónomo, puede servirnos de ejemplo el pandectista Ernst Immanuel BEKKER. En efecto, BEKKER (*vid. Bibl.*) aborda el tema partiendo de la premisa negativa del carácter incorporeal de las obras escritas y musicales: «Literarische (einschliesslich der dramatischen) Werke und musikalische Kompositionen sind zweifellos unkörperliche Dinge...» (p. 280), retrocediendo, sin embargo, a la hora de emancipar la obra gráfica y la plástica de sus representaciones materiales: «Aber «Zeichnungen und Abbildungen» mögen sie nun Kunstwerke sein oder nicht, sind doch immer körperliche Dinge... Ebenso sind die «Werke der bildenden Künste»... und die Photographien... körperliche Dinge...», de manera que, para él, el derecho sobre estos tipos de obras en concreto es, sin más —a diferencia del derecho sobre las obras escritas y musicales, que es un derecho distinto— un derecho de propiedad ordinaria, con sólo algunas especialidades en cuanto a su transmisión (*id.* p.).

¹⁰⁷ Refiriéndose a la construcción de la «geistiges Eigentum» en su formulación primitiva, señala GIERKE: «Zum Theil knüpfte sie an das Eigenthum an der Handschrift oder dem künstlerischen Urbilde an und leitete aus ihm ein Eigenthum auch an dem geistigen Inhalte her...» (von GIERKE, *op. cit.*, p. 760).

¹⁰⁸ KOHLER, Josef, «Die Idee des geistigen Eigenthums» en *Archiv für die civilistische Praxis*, 1894 [I], Band 82, pp. 141 y ss.; *vid.* p. 184.

¹⁰⁹ Así ULMER (*op. cit.*, pp. 11 y ss.; y p. 57); BAPPERT (*op. cit.*, pp. 279-280); HUBMANN (*op. cit.*, pp. 20-21; y también en otra de sus obras, *Das Recht des schöpferischen Geistes...* [cit. asimismo en nuestra *Bibl.*], p. 72).

Así lo destaca también el especialista sueco Stig STRÖMHOLM (*vid. op. cit.*, p. 111).

gados filósofos y, en particular, Johann Gottlieb Fichte (1762-1814), realizaron a la definición de su objeto.

En efecto, la distinción de Fichte, además de contribuir a la sustentación del derecho de autor ¹¹⁰, representa el primer intento ¹¹¹ certero ¹¹² de establecer en qué consiste ese «algo» ¹¹³ separable del manuscrito o de cualquier otra representación material de una obra.

Fichte ¹¹⁴ parte de la distinción entre tres elementos en la propiedad de un libro ¹¹⁵:

— El libro como bien corporal, como papel impreso —«das Körperliche»—, cuya propiedad se transmite inmediatamente al comprador mediante su venta, puesto que, en tanto que objeto material, sólo es susceptible de apropiación por un único sujeto— ¹¹⁶.

¹¹⁰ Puesto que indicábamos que FICHTE, al igual que KANT, había terciado en defensa del derecho de autor, frente a quienes veían en su consagración legal un obstáculo a la libertad de imprenta (*vid. supra* el epígrafe «LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO SOBRE LA OBRA DEL INGENIO COMO DERECHO DE PROPIEDAD»).

¹¹¹ En rigor, ya antes de FICHTE el propio KANT se había referido a la desvinculación del derecho del autor respecto a un substrato físico y a la independencia recíproca entre el derecho del autor o editor y el derecho del propietario del ejemplar: «Der Autor und der Eigenthümer des Exemplars können beide mit gleichem Rechte von demselben sagen: es ist mein Buch! aber in verschiedenem Sinne. Der erstere nimmt das Buch als Schrift oder Rede; der zweite bloss als das stumme Instrument der Überbringung der Rede an ihn oder das Publikum, d. i. als Exemplar» (*vid. supra* artículo *Von der Unrechtmässigkeit...* cit. más abajo, p. 86).

No radica en este punto, sin embargo, la verdadera importancia de las tesis de KANT. Las consecuencias que jurídicamente se extraerán de las mismas no se refieren a la definición del objeto (a cuyo respecto la visión de KANT es bien particular, pues considera que consiste, no en una cosa, sino en una conducta: hablar al público), sino —así lo entenderán los juristas— a la detección de los aspectos no patrimoniales del derecho de autor. Es por ello que reservamos su análisis a nuestro siguiente epígrafe.

¹¹² «Ihm gebührt das Verdienst, zuerst dem Gebilde des Gedankeneigenthums näher gekommen zu sein» (Id. KOHLER, *Die Idee...* cit., p. 183). Se refiere KOHLER a la influencia de FICHTE, además, en algunas otras de sus obras (*vid. Urheberrecht...*, cit. pp. 76-82).

¹¹³ Es bien palpable la dificultad, ya de entrada terminológica, a la hora de expresar en qué consiste esa recién descubierta realidad espiritual, como evidencia el frecuente recurso a la perifrasis; así, el propio FICHTE: «dem Werke zu Grunde liegenden Begriff» (op. cit., p. 418), o bien, «alles dasjenige, was nur durch unsere eigenthümliche Geistesform völlig bestimmt werden kann...» (p. 422).

¹¹⁴ *Vid.* el artículo de Johann Gottlieb FICHTE «Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks», publicado inicialmente en la *Berliner Monatsschrift*, mayo de 1791, n.º XXI, pp. 443 y ss. y recogido entre sus obras completas (*J. G. FICHTE-Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, Stuttgart, 1964, Band I, 1, pp. 407 y ss.).

¹¹⁵ El mismo razonamiento es aplicable en esencia a la obra oral (op. cit., p. 414) y a las obras de las bellas artes y de las artes mecánicas, a salvo algunas matizaciones que el propio FICHTE introduce (op. cit., pp. 418-419), atinentes sobre todo a que en estas últimas la exteriorización del pensamiento pasa necesariamente por la encarnación en un objeto físico y a la mayor dificultad de reproducción de las mismas.

¹¹⁶ «... weil es nicht mehrere Herren haben kann» (*vid. op. cit.*, p. 412).

— El contenido del libro —«das Materielle»—, las ideas o pensamiento que éste encierra, que se convierten en propiedad compartida de autor y público desde que son dadas a conocer ¹¹⁷.

— La forma en que el autor exterioriza ese pensamiento —«die Form dieser Gedanken»—, el modo peculiar en que el autor combina sus ideas, que, por la propia naturaleza de las cosas, seguirá siendo siempre de la exclusiva propiedad del autor, puesto que es imposible adueñarse del pensamiento ajeno sin alterar, para ello, su forma ¹¹⁸. Sobre este último elemento, construye Fichte «ein natürliches, angeborenes, unzuverlässiges Eigenthumsrecht [des Verfassers]» ¹¹⁹.

En definitiva, la principal aportación de Fichte a la construcción de los derechos de autor ¹²⁰ consiste en establecer que, siendo

¹¹⁷ «... dessen Eigenthum vermöge seiner geistigen Natur Vielen gemein sein kann...» (op. cit., p. 412). De modo distinto a como nos ha llegado a veces la tesis de FICHTE, vulgarizada, ese contenido espiritual del libro no deja de ser propiedad exclusiva del autor en el mismo momento en que es dado a conocer ni tampoco por la mera adquisición del libro, puesto que se requiere una determinada actividad o esfuerzo del propio adquirente: «Um sie uns zuzueignen, gehört noch eine Handlung dazu: wir müssen... seinen Inhalt... durchdenken,... und so ihn in unsere eigene Ideenverbindung aufnehmen» (vid. op. cit. p. 411).

¹¹⁸ Y, ello, precisamente, en base al requisito que, para la apropiación del pensamiento ajeno, introduce FICHTE y al que nos referimos en la nota anterior. Puesto que dicha apropiación precisa de la propia actividad del receptor, es necesario que éste, para hacerlo suyo, se represente a sí mismo dicho pensamiento —ya que «... reine Ideen ohne sinnliche Bilder sich nicht einmal denken, vielweniger Anderen darstellen lassen...»—, resulta entonces que el pensamiento ajeno se asimila siempre bajo forma distinta a como ha sido emitido: «Es ist unwahrscheinlicher als das unwahrscheinlicher, daß zwei Menschen über einen Gegenstand völlig das Gleiche in eben der Ideenreihe, und unter eben den Bildern, denken sollen,...» (op. cit., p. 412); «... dadurch, daß wir ihm [dem fremden Gedanken] UNSERE FORM* geben... (op. cit., p. 414).

* En mayúsculas en el texto de FICHTE.

¹¹⁹ Vid. FICHTE, op. cit., p. 416.

¹²⁰ La construcción de FICHTE es clara y lineal en cuanto a la fundamentación, al título adquisitivo del derecho, pero contradictoria y vacilante, a nuestro modo de ver, en cuanto al contenido del propio derecho y a su ropaje jurídico. Si la forma del pensamiento es de por sí inaccesible a terceros —«... welche wir uns nie eigen machen können (op. cit., p. 419); «weil dies physisch unmöglich bleibt» (op. cit., p. 412); (lo cual no será obstáculo para que FICHTE se refiera al plagio y a la reproducción literal de un pensamiento ajeno como apropiaciones indebidas de forma)—, el derecho del autor habrá de recaer sobre la utilización de la propia idea o pensamiento —«den Gebrauch des erworbenen Begriffs» (op. cit., p. 419)—. Puesto que éste ha devenido común una vez dado a conocer —mejor dicho, una vez asimilado por el receptor—, la norma que reserva al autor dicha utilización tiene el carácter de privilegio que deroga temporalmente la ley natural que permite a cualquiera utilizar dicho pensamiento, con lo cual, el propio FICHTE deja en el aire la idea de que el derecho del autor recae sobre cosas que «ihrer Natur nach nicht unter Verwahrung gehalten werden können» (op. cit., p. 417) y que es sólo cuestión de equidad que el autor no se vea privado de su derecho: «... es ist nicht billig, daß der Mann, welcher Jahre lang Fleiß, Mühe und Kosten aufwendete, durch die erste Bekanntmachung des Resultats seiner jahrenlangen Arbeit, welches von der Art ist, daß jeder desselben sich

el modo de expresar las ideas individual, el carácter común de las mismas no ha de ser obstáculo para constituir sobre ellas una relación de propiedad.

A partir de Fichte, será Hegel (1770-1830)¹²¹ quien deje sentada la independencia del derecho sobre uno y otro objeto, constatando sobre todo que la enajenación de uno de ellos no arrastra la del otro: quien adquiere un libro o un cuadro no adquiere con él la posibilidad de reproducirlo¹²². Hegel insiste en que es la particular naturaleza del objeto la que impone la separación entre

bemächtigen kann, der es siehet, um alle Frucht dieser Arbeit gebracht werde.» (op. cit. p. 419). Y, como, reconoce FICHTE con pesimismo, «in Sachen der Gewinnes auf die Billigkeit Anderer nicht sehr zu rechnen ist» (op. cit., p. 419), es entonces cuando, actuando «contra natura», interviene el Estado otorgando el privilegio.

¹²¹ Vid. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «Grundlinien der Philosophie des Rechts», en *HEGEL's Sämtliche Werke*, herausgegeben von Georg Lasson, Leipzig, 1930, Band VI, pp. 59 y ss. HEGEL parte de la distinción de FICHTE entre «forma» y «contenido» del pensamiento, aunque la critica en algunos puntos.

En realidad, a través de HEGEL —quien tanto para la adquisición de la propiedad intelectual, como para la adquisición de la propiedad sobre bienes materiales utiliza como punto de partida la tesis de FICHTE— hemos podido constatar que FICHTE aplica el mismo esquema a ambos derechos. En efecto, HEGEL pone de relieve cómo en cuanto al acto de apropiación sobre cosas materiales parte FICHTE de la premisa de que la *materia* es en sí misma inapropiable, si no se la individualiza *conformándola*. HEGEL señala en cuanto a este punto las limitaciones de la tesis de FICHTE: «Dies ist freilich in der Vorstellung trennbar, in der That ist aber dieser Unterschied eine leere Spitzfindigkeit» (vid. a este respecto otra de las obras de HEGEL: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie. 1818-1831*, Stuttgart/Bad Cantsatt, 1974, 4. Band, p. 194). Del mismo modo, señala HEGEL el peligro que, también para el derecho del autor, entraña llevar demasiado lejos la distinción entre *forma* y *contenido* del pensamiento: «So kann eine kleine Änderung in der Form es ausmachen, dass ein Anderer ein Werk für das Seinige ausgiebt, an dem nichts sein ist, als jene Änderung» (id. *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, 4. Band, p. 235). La dificultad estriba para HEGEL en determinar objetivamente qué modificaciones tienen carácter esencial y justifican una apropiación sucesiva por parte de quien utiliza la obra ajena —«Inwiefern nun die in der wiederholenden Äusserung sich ergebende Form... in ein spezielles geistiges Eigentum des reproduzierenden Individuums verwandle, und ihm hiermit das Recht, sie auch zu einem äusserlichen Eigentum zu machen... («Grundlinien», p. 72)— y cuáles constituyen simplemente «Modifikationchen» —es significativo el uso del diminutivo—, es decir, modificaciones insustanciales que pretenden simplemente encubrir el *plagio*. Partiendo de dicha imposibilidad —«... lässt sich nicht... rechtlich und gesetzlich festsetzen» («Grundlinien», p. 72)—, concluye HEGEL que las leyes protectoras del derecho de autor han de limitarse a sancionar la estricta reproducción literal mediante la imprenta, que es la única susceptible de constatación objetiva, y que la sanción del *plagio* quedará relegada al ámbito moral, porque «Es ist gegen die Ehre, aber gerichtlich lässt sich nicht nachweisen was das Seinige ist und was das Meinige» (*Vorlesungen*, 4. Band, p. 235).

¹²² «Indem der Erwerber eines solchen Produkts an dem Exemplar als Einzelnen den vollen Gebrauch und Wert desselben besitzt, so ist er vollkommener und freier Eigentümer desselben als eines Einzelnen, obgleich der Verfasser der Schrift oder der Erfinder der technischen Vorrichtung Eigentümer der allgemeinen Art und Weise bleibt, dergleichen Produkte und Sachen zu vervielfältigen, als welche allgemeine Art und Weise er nicht unmittelbar veräussert hat...» («Grundlinien»..., § 69, p. 70).

ambos derechos ¹²³, sin ser necesaria, por tanto, ninguna reserva de parte del autor a la hora de enajenar el ejemplar de su obra.

La recepción de la distinción de Fichte se opera, pues, en un primer momento entre filósofos, como Hegel y filósofos del Derecho, como Ahrens ¹²⁴, hasta que acaban haciéndola suya los juristas alemanes más representativos en materia de derechos de autor ¹²⁵.

1.1.2. *La influencia de las construcciones filosóficas en la ciencia del Derecho*

Haciendo suya la tesis de Fichte, los juristas reivindicarán el reconocimiento de un derecho privativo del autor sobre la singular exteriorización de su pensamiento o «forma» de la obra.

Así, del mismo modo que la incorporación al ámbito jurídico—dogmático y legal— de la actividad intelectual o de autor y su configuración como posible fundamento de un derecho se vio en gran medida allanada gracias a aportaciones metajurídicas, también hacen suyos los juristas intentos de explicación ajenos a la propia ciencia ¹²⁶, a la hora de articular la sustantividad conceptual del derecho de autor, partiendo de la desvinculación respecto a un objeto físico y con remisión a una entidad de carácter incorporal como posible objeto del mismo, a pesar de que en un primer momento no se acierte a definir dicha entidad en sentido positivo ¹²⁷.

¹²³ «... so dass dies in der besonderen Art und Weise des äusseren Gebrauchs liegt, der von der Sache gemacht wird, und von dem Gebrauche, zu welchem die Sache unmittelbar bestimmt ist, verschieden und trennbar ist (er ist nicht, wie man es heisst, eine solche «accessio naturalis» wie die «foetura»)» (HEGEL, op. cit., p. 71).

Partiendo de idéntica premisa, más adelante también AHRENS en su *Naturrecht...* señala dicha independencia: «Auch der Eigenthümer des Kunstwerks hat nur das Recht, die Sache in der bestimmten Form zu gebrauchen, nicht aber das Recht daselbe ohne Genehmigung des geistigen Urhebers in irgend einer Art zu vervielfältigen» (op. cit., p. 152).

¹²⁴ Vid. AHRENS, op. cit., p. 151.

¹²⁵ Vid. por todos, KLOSTERMANN, op. cit., p. 122; von GIERKE, p. 760, nota 50 y p. 770; KOHLER, *Autorrecht* cit., p. 179 y *Die Idee des geistigen Eigenthums* cit., p. 183.

¹²⁶ En señalar a FICHTE y HEGEL como hitos de la línea evolutiva del derecho que trazamos, coinciden tanto von GIERKE (op. cit., p. 760, nota 50), como KOHLER (*Die Idee des geistigen Eigenthums...*, cit., pp. 186-187).

¹²⁷ Vid. KLOSTERMANN: «Das geistige Eigenthum hat keinen körperlichen Gegenstand und bildet deshalb keine Species des Sacheigenthumes» (op. cit., p. 114); ORTLOFF: «Das Geisteswerk ist aber weder eine «res corporalis», noch eine «incorporalis»?... sondern ein Arbeitsprodukt besonderer Art, auf das sich eben der gewöhnliche Eigenthumsbegriff nicht anwenden lässt... daß dagegen beim Eigenthum eine äussere für sich bestehende, von der Person durchaus unabhängige Sache, welche selbst ohne irgend eine Tätigkeit der Person in ihr Eigenthum übergehen könne, vorausgesetzt werde.» (op. cit., p. 323).

La dogmática jurídica intentará traducir las ideas así importadas en términos de la propia ciencia y pondrá también de relieve las consecuencias que de ellas deben extraerse en cuanto a la configuración legal del derecho sobre la obra del espíritu ¹²⁸.

A lo que no se llega todavía en este momento es a construir una categoría autónoma de derechos proyectados sobre ese objeto de naturaleza incorporeal. La formulación en positivo de una construcción alternativa a la «geistiges Eigentum» se hará esperar todavía hasta las últimas décadas del siglo XIX.

1.2. LOS ELEMENTOS NO PATRIMONIALES DEL CONTENIDO DEL DERECHO

El segundo dato de carácter negativo en que se cifra la especialidad —y, por ende, la dificultad de integración— del derecho sobre la obra intelectual viene dado por la existencia de intereses del autor de carácter no estrictamente patrimonial. El acuerdo a este respecto es general y, una vez más, independiente de la postura que, a partir de dicho dato, se adopte en cada caso en cuanto a la naturaleza del derecho ¹²⁹. Como mínimo, se intenta siempre poner de relieve la necesidad de proteger el derecho sobre la obra, excluyendo en consecuencia las utilidades de la misma no consentidas por su titular, con independencia de que de ellas resulte o no un perjuicio patrimonial para aquél ¹³⁰.

¹²⁸ «Kein Urheberrecht endlich hat der Eigenthümer einer das Geisteswerk verkörpernden Sache... Ein Recht aber, über das in der Sache verkörperte Geisteswerk zu verfügen, ist in dem Sacheigenthum nicht enthalten. Zu einer solchen Verfügung ist daher der Eigenthümer, falls an dem Geisteswerke ein fremdes Geisteswerk besteht, überhaupt nicht befugt.» (GIERKE, op. cit., p. 781); «Wenn, wie dies die Regel ist, die geistige Produktion sich in einer körperlichen Sache, z. B. einem Manuskript, Kunstwerk... verkörpert hat, ist es an das Eigenthum der Sache nicht geknüpft.» (DERNBURG, op. cit., p. 721).

Conectando con dichas declaraciones, el § 5, a), II de la «Reichsgesetz» relativa a obras escritas y el § 8, I de la «Reichsgesetz» de 1876 relativa a las obras plásticas (vid. *supra* nota 86) excluyen la posesión del manuscrito o del original de la obra plástica como título que faculta a reproducir la obra en cuestión.

¹²⁹ «... c'est précisément d'une analyse des intérêts qu'on déduit la règle applicable, et non pas d'une "nature juridique" donnée» (vid. STRÖMHOLM, Stig, *Le droit moral de l'auteur*, Estocolmo, 1967, I, p. 253).

¹³⁰ Vid. DERNBURG: «... daß endlich der Schutz seines Rechts nicht vom Nachweise eines besondern Vermögensinteresse abhängig ist... Ebenso wenig steht es mit dem Charakter des Urheberrechts als eines Vermögensrechts im Widerspruch, dass sich auch andre als vermögensrechtliche Interesse an dasselbe knüpfen können...» (op. cit., p. 720). En el mismo sentido, DAMBACH (op. cit., p. 13); DAHN (op. cit., p. 45); ORTLOFF (op. cit., p. 330); KOHLER («Die Idee...» cit., p. 227). La misma idea de que el contenido del derecho no es estrictamente patrimonial está latente en la jurisprudencia alemana (vid. la Sentencia del «Reichsoberhandelsgericht» de 25 de

1.2.1. *La influencia de Kant*

Es casi de rigor entre los especialistas en derecho de autor atribuir a Immanuel Kant (1724-1804) el mérito de haber sido el primero en detectar la existencia de dicho tipo de intereses en la relación entre el autor y su obra ¹³¹. Por otra parte, las opiniones que en su día expuso Kant sirvieron a algunos de ellos ¹³² para realizar una determinada profesión de fe en cuanto a la naturaleza del derecho. Resulta, sin embargo, inevitable situar la influencia de Kant en sus justos términos ¹³³.

Kant se manifiesta a este respecto —en concreto, al respecto de la impresión ilícita o «Nachdruck»— en dos ocasiones: en un artículo aparecido en 1785 en la «*Berlinische Monatschrift*» ¹³⁴ y en un pasaje concreto de su «*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*», que constituye la primera parte de la «*Metaphysik der Sitten*», de 1797 ¹³⁵. Ya la propia localización dentro de su extensa producción apunta al carácter episódico que reviste en Kant el tratamiento de dicha cuestión.

La importancia que posteriormente se asigna a las tesis de Kant y, sobre todo, las consecuencias que intentan extraerse de ellas obedece, al margen de la propia autoridad de Kant, a algunas de las expresiones que él mismo utiliza al abordar el tema.

El eje central de las disquisiciones de Kant lo constituye la idea de que el libro constituye un discurso del autor al público ¹³⁶;

enero de 1875: «Es wird so das Urheberrecht ausschliesslich als Vermögensrecht charakterisiert und geschützt, während eine derartige Beschränkung dem Inhalt des Reichsgesetzes —vgl. insbesondere § 5, b); § 7, a); §§ 11, 18— fremd ist.»

¹³¹ Así, ORTLOFF (op. cit., p. 287, nota 18). Muchos otros autores alemanes de esta época aluden a la influencia de KANT. *Vid.*, p. ej., DAHN (op. cit., p. 45); AHRENS (op. cit., p. 153, nota 1); KLOSTERMANN (op. cit., p. 120); GAREIS (loc. cit., p. 88, nota 3); GIERKE (op. cit., p. 764, nota 64). Valorando negativamente dicha influencia, KOHLER (*Die Idee...* cit., pp. 186; 190; 202; *vid.* también su *Autorrecht*, p. 346).

¹³² Que apenas disimulan el orgullo de poder invocar tan ilustre «padrino».

¹³³ Y, de hecho, ya hay quien se ha preocupado de hacerlo. Así sobre todo el profesor Stig STRÖMHOLM, de la Facultad de Derecho de Upsala, en su obra, ya citada, *Le droit moral de l'auteur...*, Estocolmo 1967, pp. 184 y ss.; 244 y ss. *Vid.* también BAPPERT, op. cit., p. 245; ULMER, op. cit., p. 57; p. 109.

¹³⁴ «Von der Unrechtmässigkeit des Büchermachdrucks», *Berlinische Monatschrift, herausgegeben von F. Gedike und J.E. Briester*, Berlin Januar bis Junius 1785, 5. Band, S. 403-417. El artículo se encuentra recopilado entre las obras completas de KANT (*vid.* «*KANT's gesammelte Schriften*», *herausg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin 1907, Band VIII, pp. 79 y ss.).

¹³⁵ Bajo la rúbrica «Was ist ein Buch?», dentro de una de las secciones («Von dem auf dingliche Art persönlichen Recht») del capítulo dedicado al Derecho privado («Das Privatrecht»). *Vid.* «*KANT's gesammelte Schriften*», *herausg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin, 1907, Band VI, pp. 289-290.

¹³⁶ «Ein Buch ist eine Schrift... welche eine Rede vorstellt, die jemand an das Publikum hält» (*Metaphysische Anfangsgründe...*, p. 289).

el editor, que publica el libro del autor con su consentimiento, habla al público como su representante¹³⁷, estando legitimado para ello en virtud del poder que le confiere el autor¹³⁸. De manera que quien imprime el libro sin su consentimiento, habla en nombre del autor contra su voluntad y se inmiscuye en un negocio ajeno —el mandato o gestión que realiza el editor en nombre del autor—¹³⁹.

En el curso de su exposición, deja caer Kant las expresiones «persönliches Recht» y «angeborenes Recht». A partir de aquí, una vez queda descartada en el ámbito germánico durante el último tercio del siglo XIX, como ya se ha visto, la concepción del derecho de autor como propiedad, algunos autores —adscritos al parecer a la corriente «germanista»¹⁴⁰, por oposición a la «romañista» o pandectista que imperaba entonces en el pensamiento jurídico alemán— se refieren al derecho del autor como «derecho de la personalidad»¹⁴¹.

¹³⁷ Siguiendo razonamientos de partida distintos a los de KANT, había llegado FICHTE a una conclusión muy parecida a la de aquél —de lo cual se congratula el propio FICHTE, que decía desconocer la previa existencia del artículo de KANT: «Mit dem Manne sich auf Einem Wege finden, ohne von seinem Gange etwas gewusst zu haben, tut wohl.» (vid. FICHTE, op. cit., p. 421)— en cuanto a la consideración del editor como *representante* del autor: «Was überträgt der Erstere [léase «Verfasser»] an den Letzteren [«Verleger»]... Noch weniger das [Eigentum] der Form dieser Gedanken: denn diese ist, und bleibt auf immer, ausschliessendes Eigenthum des Verfassers. Der Verleger bekommt also durch den Kontrakt mit dem Verfasser überhaupt KEIN EIGENTHUM,* sondern unter gewissen Bedingungen nur das Recht eines gewissen NIESSBRAUCHS* des Eigenthums des Verfassers... Er handelt also allenthalben nicht in seinem Namen, sondern im Namen und auf Auftrag des Verfassers»** (vid. FICHTE, op. cit., p. 415).

* En mayúsculas en el texto de FICHTE.

** La cursiva es mía.

¹³⁸ *Id.* p. 290.

¹³⁹ «... gerit se mandatarium absque mandato» (id. p. 290; vid. también el artículo de 1785, p. 80).

¹⁴⁰ KOHLER se lamentaba de que casi todos los «germanistas» —en concreto, BLUNTSCHLI y BESELER— hubiesen adoptado la construcción personalista del derecho de autor (vid. KOHLER, *Die Idee...* cit., p. 190). También von GIERKE (op. cit., p. 764) y, en nuestros días, STRÖMHOLM identifican la tesis personalista de aquel momento con la corriente «germanista» (op. cit., p. 251).

Sobre «germanistas» versus «pandectistas» dentro de la Escuela Histórica del Derecho, vid. WIEACKER (op. cit., p. 243). Sobre el enfrentamiento entre ambas tendencias por la cuestión de los derechos de la personalidad en particular, vid. SCHEYING, Robert, «Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert», en el *Archiv für die civilistische Praxis* 1960, pp. 502 y ss.; vid. pp. 517 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Los llamados derechos de la personalidad», en el *Anuario de Derecho civil*, 1959, pp. 1243; 1245.

¹⁴¹ «Personenrecht» (BLUNTSCHLI, op. cit., § 13; § 46); «Persönlichkeitsrecht» (BESELER, op. cit., § 88, III); DAHN (op. cit., p. 45) y ORTLOFF (op. cit., p. 314; 331) lo designan como «höchstpersönliches Recht». El iusnaturalista AHRENS emplea indistintamente las expresiones «Recht der Persönlichkeit» (op. cit., p. 151) y «Persönlichkeitsrecht» (p. 153).

Atribuir a Kant el patronato de dicha construcción nos parece que ni es congruente con el marco más amplio de las ideas de dicho filósofo, ni siquiera es estrictamente cierto, ciñéndonos a esos dos textos específicamente referidos al tema.

En primer lugar, Kant ¹⁴² reconoce un único derecho de la personalidad, la libertad, *derecho innato* («angeborenes Recht»), que corresponde por naturaleza a todo hombre ¹⁴³, y excluye lo relativo a dicho derecho del ámbito del Derecho Positivo ¹⁴⁴, para remitirlo al Derecho Natural ¹⁴⁵.

Y, por lo que se refiere al análisis de esos dos textos en particular, hay que recordar, de entrada, que uno de ellos es un artículo aislado dentro de la obra de Kant y que el otro se encuentra dentro del capítulo de las *Metaphysische Anfangsgründe...* dedicado al Derecho privado. ¿Cómo hacer coincidir esa referencia específica de Kant al derecho del autor como «angeborenes Recht» o «ius personalissimum» ¹⁴⁶ con su concepción general del derecho de la personalidad? A nuestro modo de ver, cuando Kant habla en este estrecho contexto de derecho innato o personalísimo, no lo hace en sentido estricto o técnico ¹⁴⁷, sino acogándose al valor expresivo o enfático del término.

Los dos pasajes de Kant que comentamos, sobre todo el artículo de 1785, corresponden a una época de exacerbada apología de la libertad de imprenta, aun a costa de sacrificar por esta vía el derecho del autor sobre su obra ¹⁴⁸. Kant, con su proverbial

¹⁴² Vid. la Introducción o «Einleitung in die Rechtslehre» dentro también de las «Metaphysische Anfangsgründe...».

¹⁴³ Vid. la influencia a este respecto de la concepción de KANT en el Código civil austriaco de 1811 (§ 16 ABGB: «Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten.»), por contraposición a la influencia de la tesis de los derechos innatos de Christian Wolff en el Código civil prusiano de 1794 (§§ 82, 83 Einl. ALR). Se suele poner de relieve que las ideas de KANT en este punto representan un golpe de timón («ein Wandel», en palabras de SCHEYING; vid. loc. cit., pág 512) respecto al Iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, dado que en KANT la noción de «derecho innato» o «derecho fundamental» queda liberada de la influencia que, en cuanto a dichos derechos, desempeñaba en Wolff y en el ALR el *status* o posición que el individuo ocupaba en la sociedad.

¹⁴⁴ Al que sólo incumben los derechos adquiridos en virtud de actos jurídicos.

¹⁴⁵ Apoyándose en KANT, SAVIGNY excluirá a su vez lo relativo a dichos derechos innatos o de la personalidad del ámbito del Derecho privado, remitiéndolos a la Filosofía del Derecho y al Derecho público, en cuanto a sus aplicaciones concretas (vid. STRÖMHOLM, op. cit., pp. 192, nota 48; 249; SCHEYING, op. cit., pp. 516-518; DE CASTRO, *Los llamados...*, cit., p. 1245, nota 32).

¹⁴⁶ Vid. el artículo de la *Berlinische Monatsschrift...*, p. 86, en el tomo VIII de las obras completas de KANT.

¹⁴⁷ Noción rigurosa que, por otra parte, ni siquiera existía en aquel momento.

¹⁴⁸ Vid. la serie de artículos de la época, en tomo a dicha polémica citados en KOHLER (*Die Idee...*, p. 187 y ss.).

preocupación por los deberes cívicos¹⁴⁹ y la cultura social¹⁵⁰, se propone sobre todo con dicho artículo tomar partido en favor del autor —en realidad, más bien de su mandatario, el editor—, insistiendo, de una parte, en que es el autor quien constituye o hace surgir el derecho a publicar la obra, el libro, por ser éste producto de su esfuerzo («ein blosser Gebrauch seiner Kräfte»)¹⁵¹; y, de otra, en que, a consecuencia de lo anterior, ese derecho es en sí mismo inviolable y digno de protección, sin necesidad de apoyarse en un privilegio del soberano¹⁵². Es decir, aquí la expresión «angeborenes Recht» estaría utilizada simplemente con carácter hiperbólico, para recalcar el carácter originario del derecho del autor y por oposición a la idea de concesión graciosa o privilegiada¹⁵³.

En cuanto a la expresión «persönliches Recht» que se utiliza en ambos textos, está, si cabe, más lejos todavía de evocar la idea del derecho sobre la obra intelectual como derecho de la personalidad. Nos parece que, antes bien, en consonancia con la particular concepción de Kant sobre las relaciones entre autor y editor, se estaría designándolo como derecho personal o de crédito¹⁵⁴. Partiendo de que quien imprime el libro sin el beneplácito del autor hace hablar a éste contra o sin su voluntad, lo que Kant pretende señalar es que nadie tiene derecho a arrogarse esa conducta concreta del autor sin su consentimiento; y, sobre todo, no lo tiene el adquirente del libro o singular ejemplar de la obra¹⁵⁵. De manera que, si éste, prevaliéndose de las prerrogativas derivadas de su derecho de propiedad sobre dicho ejemplar, lo reim-

¹⁴⁹ Vid. STRÖMHOLM, op. cit., pp. 189; 245.

¹⁵⁰ Cuestión esta última, por cierto, también aludida en el artículo de 1785 (vid. la referencia en p. 85 al derecho del público a que el editor cumpla efectivamente el mandato del autor).

¹⁵¹ Vid. art. cit., pp. 80 y 86.

¹⁵² Con idéntica finalidad, como dejamos indicado en la primera parte de este trabajo y recordamos en el epígrafe anterior, había escrito FICHTE su artículo, aparecido en 1793 en la misma revista que el de KANT.

¹⁵³ «... folglich begehrt er [der Nachdrucker] an dem von dem Autor bestellten (mithin einzig rechtmässigen) Verleger ein Verbrechen der Entwendung des Vorteils, den der letztere aus dem Gebrauch seines Rechts ziehen konnte und wollte («furtum usus»); also ist der Büchernachdruck von rechtswegen verboten» (*Metaphysische Anfangsgründe...*, p. 290).

¹⁵⁴ No está de más recordar que el pasaje de las *Metaphysische Anfangsgründe...* («Was ist ein Buch?») se encuentra dentro de un epígrafe denominado «Von dem auf dingliche Art persönlichen Recht» y que el pasaje que viene inmediatamente a continuación se refiere (en relación al arrendamiento) a la dificultad de distinguir entre derecho real y derecho personal.

¹⁵⁵ Ello lo expone KANT a partir del siguiente silogismo:

«Ein persönliches bejahendes Recht auf einen Andern kann aus dem Eigenthum einer Sache allein niemals gefolgert werden.»

«Nun ist das Recht zum Verlage ein persönliches bejahendes Recht.»

«Folglich kann es aus dem Eigenthum einer Sache (des Exemplars) allein niemals gefolgert werden.»

prime, está lesionando el derecho —personal— del editor, que sí ha obtenido, en cambio, derecho a dicha conducta del autor, por la única vía legítima al efecto: el contrato celebrado con el mismo ¹⁵⁶.

Pero, hechas las pertinentes puntualizaciones en cuanto al sentido preciso de determinadas expresiones en los textos de Kant, sí hay que reconocer, en cambio, que éste contribuyó a llamar la atención sobre algunos elementos de esa vertiente no patrimonial a que aludíamos como segundo aspecto negativo del derecho del autor. Así, sin ir más lejos, de la idea que constituye el núcleo de su tesis —el derecho a publicar la obra se adquiere siempre y sólo en virtud del contrato celebrado con el autor, dado que sólo en la persona de éste nace el derecho sobre la misma—¹⁵⁷ se desprende, de una parte, el carácter singular de la relación del autor con su obra ¹⁵⁸, y, de otra, que es privativa del autor la decisión de comunicar aquélla al público, siendo la titularidad de dicha decisión inalienable ¹⁵⁹, y transmitiéndose al editor sólo el ejercicio de la publicación (o derecho de hablar en nombre del autor).

1.2.2. *Personalistas versus patrimonialistas*

El hecho de que casi un siglo más tarde se pretendiese constituir el derecho de autor en derecho de la personalidad, a partir de estas ideas lanzadas al aire por Kant, parece, de entrada ucrónico, puesto que fueron formuladas en la coyuntura específica que antes hemos descrito, y, de esta manera, se las traslada a una época en la que los problemas son otros —ya no se discute la propia existencia del derecho—; y, además, excesivo, dado el carácter episódico que revisten en el conjunto de la obra de dicho filósofo y el sentido exacto de las mismas, tal y como hemos tratado de establecerlo.

¹⁵⁶ «Wer ohne einen solchen Vertrag mit dem Verfasser... verlegt, ist der Nachdrucker, welcher also den eigentlichen Verleger lädirt und ihm allen Nachtheil ersetzen muss» (art. cit., p. 84).

¹⁵⁷ «... diese [Bücher] aber nur in einer Person ihr Dasein haben können. Folglich kommen diese letzteren der Person des Verfassers ausschliesslich zu...» (art. cit., p. 86).

¹⁵⁸ Por no ser ésta una simple mercancía: «Ich glaube aber Ursache zu haben, den Verlag nicht als das Verkehr mit einer Waare... anzusehen (art. cit., p. 79); «... ob nämlich ein Buch eine Waare sei [cuestión a la que KANT responde negativamente]... oder ob es vielmehr ein blosser Gebrauch seiner Kräfte («opera») sei, den er andern zwar verwilligen («concedere»), niemals aber veräussern («alienare») kann.» (art. cit., p. 80).

¹⁵⁹ «... und derselbe hat daran ein unveräusserliches Recht («ius personalissimum») durch jeden anderen immer selbst zu reden...» (KANT, art. cit., p. 86).

En realidad, el mérito de Kant a este respecto consiste en haber pronunciado palabras sacramentales —«angeborenes Recht», «persönliches Recht»—. Tales fórmulas, por venir de quien venían ¹⁶⁰, permitirían más tarde a determinados autores ¹⁶¹, que consideraban que las especialidades del derecho de autor eran tales que invalidaban cualquier posibilidad de hacerle sitio entre los derechos de carácter patrimonial, adscribir este derecho a una categoría en aquel entonces todavía en estado magmático: los derechos de la personalidad. Categoría, como decimos, todavía *in fieri* en el período que analizamos, tanto en cuanto a su contenido, todavía por fijar, como incluso en cuanto a su propio reconocimiento como categoría del Derecho privado ¹⁶².

Cuando se examina la obra de los autores que optan por esta adscripción, se observa que el recurso a dicha categoría obedece antes a una preocupación sistemática y de calificación que a una verdadera noción de la naturaleza y el contenido de esos derechos de la personalidad. Así, algunos de ellos, como Bluntschli y su discípulo Dahn, introducen en sus tratados, junto a las categorías clásicas de derechos reales y de crédito, otra dedicada a los derechos de la persona («Personenrechte»), donde incluyen lo relativo a los diferentes estados civiles, a las personas jurídicas y, por último, sin introducir ningún elemento de conexión o transición respecto a todo ello, lo relativo al derecho de autor ¹⁶³.

Por otra parte, no es mérito privativo de estos autores que cabría designar como «personalistas» el detectar las especialidades del derecho de autor. Ya hemos señalado oportunamente que existe acuerdo generalizado, al menos en cuanto a esos dos grandes elementos de carácter negativo que venimos analizando (objeto incorporal e intereses no patrimoniales en el contenido del dere-

¹⁶⁰ Aunque, como decía KOHLER, «Kant war der grösste Philosoph der Neuzeit, aber kein grosser Jurist, ebenso wie es grosse Juristen gegeben hat, die keine grosse Philosophen waren (beispielsweise Savigny)» (KOHLER, *Das Autorrecht...* cit., p. 346).

¹⁶¹ Citados en notas 90 y 141.

¹⁶² Recuérdese (*vid.* notas 140 y 145) que los pandectistas —a excepción de PUCHTA— se oponían a su inclusión como categoría del Derecho privado (*vid.* SCHEYING, *op. cit.*, pp. 513 y ss.; STRÖMHOLM, pp. 249 y ss.). Así, dirá GIERKE: «In den Pandektensystemen wird freilich dieses Bedürfnis nicht empfunden, weil sie die dem römischen Rechte fremde Rechtsbildungen nur gelegentlich berühren» (*op. cit.*, p. 704, nota 7).

¹⁶³ *Vid.* p. ej. el índice del *Deutsches Privatrecht* de Felix DAHN, quien dedica dentro de dicha obra el Libro II al derecho de la persona («Personenrecht»), estructurándolo del siguiente modo: Introducción, en el primer capítulo de dicho Libro; persona natural y modificaciones del derecho de la persona (estados civiles), en el segundo capítulo; persona jurídica en el capítulo tercero; y derecho de autor en el capítulo cuarto, sin que se indiquen las razones de dicha adscripción. El Libro III de dicha obra se dedica al derecho de cosas («Sachenrecht») y el IV al derecho de crédito («Forderungsrecht»).

cho). Si, como insistimos, se trata sobre todo de un problema de calificación, la única diferencia estriba en la importancia que se asigna a dichas especialidades: mientras los «personalistas» consideran que las mismas fuerzan en exceso las categorías clásicas del Derecho patrimonial y optan por remitirse a una categoría más «cómoda» —más flexible, por más desconocida—, hay autores que estiman que la concurrencia de esos rasgos diferenciadores en el derecho sobre los productos del ingenio impide, desde luego, su consideración como propiedad, pero no como derecho patrimonial *sui generis* ¹⁶⁴.

Y, además, también de modo generalizado y al margen del encuadre que en cada caso se asigna al derecho, se sacan ciertas consecuencias o se señalan ciertas situaciones en las que el derecho del autor sobre su obra, en base a esas especialidades, merece un trato singular. Fundamentalmente, se pone siempre de relieve —tal y como había hecho Kant— el carácter privativo de la decisión de publicar ¹⁶⁵ —avalado por el § 5.a) de la «Reichsgesetz» de 1870, que proscribía la reproducción de obras inéditas sin el consentimiento de su autor—, ¹⁶⁶ de la que se deduce una consecuencia trascendental a efectos prácticos: el carácter inembargable del derecho sobre la obra. Unánimemente ¹⁶⁷ se considera que la decisión de dar por terminada la obra y publicarla es incoercible ¹⁶⁸. Las únicas discrepancias a este respecto giran en torno a

¹⁶⁴ Así, KLOSTERMANN que, aun reconociendo la falta de objeto corporal del derecho, considera que el carácter absoluto del mismo permite incluirlo entre los derechos reales (op. cit., p. 114); DERNBURG lo sitúa entre los «Gewerberecht» (op. cit., p. 717), categoría de perfiles difusos y a la que se caracteriza sobre todo por reservar una parcela de actividad al titular del derecho y por el contenido eminentemente negativo o excluyente del mismo; en el caso concreto del «Urheberrecht», puntualiza DERNBURG que el contenido patrimonial característico del derecho (p. 720: «Es gehört demgemäss zu den Vermögensrechten, da sein Hauptinhalt ein wirtschaftlicher ist») no está reñido con la consideración de intereses «de signo distinto» (p. 720).

DAMBACH, redactor de la «Reichsgesetz» de 1870 relativa a las obras escritas, aun considerándolo como derecho patrimonial sin más precisiones, puntualiza que no es exclusivamente patrimonial, puesto que «das Gesetz auch die persönlichen Interessen des Urhebers schützt...» (op. cit., pp. 12-13).

¹⁶⁵ Así lo entendió DAMBACH: «... das Gesetz... [verbietet] jede Publikation des Werkes wider seinen Willen...» (DAMBACH op. cit., p. 13). *Vid.* también ORTLOFF, op. cit., p. 320; DAHN, op. cit., p. 46; KLOSTERMANN op. cit., p. 373; DERNBURG pp. 720, nota 3; 739.

¹⁶⁶ Frente a la deficiente protección de la obra inédita en la Ley española de 1879 (arg. ex arts. 8.º; arts. 36 y ss. de la Ley de 1879).

¹⁶⁷ «Car même chez les auteurs hostiles aux théories “personnalistes”, c’est le caractère particulier du droit d’auteur ou les intérêts spéciaux engagés qui les décident à nier la saisissabilité du monopole» (STRÖMHOLM, op. cit., p. 253).

¹⁶⁸ «Hierüber ist man im Wesentlichen einig» (GIERKE, op. cit., p. 813, nota 39). Así, DAMBACH: «... dass der Urheber nicht wider seinen Willen zur Herausgabe eines Werkes im Wege der Exekution gezwungen werden könne» (op. cit., p. 13); DERNBURG: «Dagegen nimmt man gewöhnlich eine weitgehende Exemption des litteraris-

si ello es sólo aplicable a la obra inédita o incluso también a la obra publicada, de manera que el autor ni siquiera podría ser obligado por sus acreedores a realizar nuevas ediciones de la misma ¹⁶⁹.

2. Las construcciones alternativas a la «geistiges Eigentum»

Hemos ido poniendo de relieve hasta aquí cómo iban señalándose rasgos específicos del derecho sobre la obra intelectual, sin que de la suma de todos ellos resultase la consideración de la institución con carácter unitario y autónomo ni, por consiguiente, se hubiese llegado a formular una construcción alternativa a la de la propiedad del autor. Ello no se produce hasta las dos últimas décadas del siglo XIX ¹⁷⁰, con la teoría de los bienes inmateriales de Josef Kohler y la construcción del derecho de la personalidad de Otto von Gierke, que se centran, respectivamente, en cada uno de estos dos grandes rasgos negativos del derecho de autor que hemos puesto de relieve: en el carácter incorporal del objeto, Kohler y en el carácter extrapatrimonial de la relación entre el autor y su obra, von Gierke.

2.1. EL DERECHO SOBRE BIENES INMATERIALES

Comúnmente se atribuye a Josef Kohler ¹⁷¹ el mérito de la elaboración de una categoría autónoma y de una definición en positivo del derecho de autor, como derecho patrimonial, emanci-

chen und künstlerischen Urheberrechts von der Exekution an.» (op. cit., p. 740, nota 12); KOHLER: «... dass das Individualrecht des Autors der Exekution entgegenstehe» («Die Idee... cit., p. 228).

¹⁶⁹ Así lo entiende, p. ej., GIERKE (op. cit., p. 813). Sin embargo, los autores que consideran —aun sin desconocer otro tipo de intereses— que el contenido patrimonial del derecho es el definitivo entienden que, después de una primera publicación, el derecho es ya ejecutable y pueden imponerse al autor nuevas ediciones. Así, DERNBURG: «Neue Auflagen werden die Gläubiger hiernach veranstalten können» (op. cit., p. 740, nota 12); KOHLER: «... solange der Autor das Werk nicht durch einen Publikationstat definitiv der Öffentlichkeit bestimmt hat; daß aber von diesem Moment an die Exekution gestattet sei und gestattet sein müsse.» (*Die Idee... cit.*, p. 228).

¹⁷⁰ De 1880 data el *Autorrecht* de KOHLER, si bien la formulación definitiva de su teoría de los *bienes inmateriales* se recoge en otra obra, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, de 1906. La primera edición del *Deutsches Privatrecht* de von GIERKE data de 1895.

¹⁷¹ Josef KOHLER (1849-1919). Sobre la figura de KOHLER, vid. SPENDEL, Günther, *Josef KOHLER. Bild eines Universaljuristen*, Heidelberg, 1983. Vid. asimismo KLEINHEYER, Gerd y SCHRÖDER, Jan, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, 1989 (3. Auflage), p. 348, apdo. 60.

pado del de propiedad —a partir de una exposición sistemática de las diferencias entre uno y otro, pero sin olvidar el substrato común entre ambos—¹⁷² y el mérito de la definición de su objeto como bien inmaterial¹⁷³.

En el epígrafe siguiente, analizamos la construcción de von Gierke. Si no procedemos en paralelo exponiendo la tesis de Kohler es porque, como indicábamos al inicio de este capítulo, se ha prescindido de un estudio de las posiciones teóricas en sí mismas. Si nos detenemos en la tesis de von Gierke es por ese aludido propósito de contraste con el texto legal español de 1879 —que margina los intereses personales del autor en su obra— y la doctrina en torno a él desarrollada. No se suscita, en cambio, tal contraste respecto a la construcción de Kohler¹⁷⁴, puesto que, aunque tardía, tendrán sus tesis cierta resonancia en nuestro ámbito, sobre todo cuando en las postrimerías del régimen de 1879 se intente uncir al carro del derecho sobre bienes inmateriales la categoría autóctona de las llamadas «propiedades especiales»¹⁷⁵.

Por otra parte, la construcción de von Gierke no llegará nunca a quedar plasmada en un texto legal: a partir del siglo XIX, tendrán casi todas las modernas leyes del derecho de autor (y también los convenios internacionales, a partir del siglo XX)¹⁷⁶ a reconocer cada vez mayor protagonismo a la protección de los intereses personales del creador en su obra, pero ninguna ley adscribirá, como propugna von Gierke, el entero contenido del derecho de autor a la categoría de los derechos de la personalidad.

¹⁷² Vid. BAPPERT, op. cit., p. 292.

¹⁷³ Si la influencia de FICHTE contribuye primordialmente a la definición del objeto, la influencia de SCHOPENHAUER sirve, en cambio, a KOHLER para la calificación del mismo como «Immaterialgut»: el propio SCHOPENHAUER utiliza esta expresión en la obra *Neue Parerga und Paralipomena*, 1851, § 270 (la obra en cuestión no figura en las ediciones de obras completas de SCHOPENHAUER que hemos manejado; nos regimos entonces por un fragmento de la misma que transcribe el propio KOHLER en su *Deutsches Patentrecht*, edición de 1878, pp. 10-11).

¹⁷⁴ El contraste es aún menor si —como hacen algunos especialistas del «Urheberrecht»— se considera a KOHLER un continuador de la construcción de la «geistiges Eigentum» que adapta dicha tesis a las peculiaridades que ofrece un objeto incorporal. Así, ULMER, op. cit., p. 112; y, sobre todo BAPPERT, op. cit. p. 294: «Kohler hat die mehr gefühlsmässige* erfaßte Lehre vom geistigen Eigentum zur wissenschaftlich begründeten Theorie vom Immaterialgüterrecht entwickelt und damit die Grundlage für das moderne Urheberrecht geschaffen.»

Vid. también la defensa que realiza el propio KOHLER de la «geistiges Eigentum», frente a los ataques de autores «personalistas» (*Die Idee...*, cit., pp. 197; 225-227).

* La cursiva es mía.

¹⁷⁵ Vid. *infra* V. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO PROPIEDAD ESPECIAL.

¹⁷⁶ En 1928, se incorpora a la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas el art. 6 bis, sede del llamado «derecho moral» de autor (vid. el Convenio de Roma de 2 de junio de 1928, de revisión de la citada Convención de Berna de 9 de septiembre de 1886).

Las tesis de Kohler encontrarán, en cambio, refrendo positivo a principios del siglo XX¹⁷⁷, en las Leyes alemanas de 1901 y 1907 y es en relación a ellas que ha de verse su influencia¹⁷⁸.

2.2. EL DERECHO DE AUTOR COMO UNO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

A Otto von Gierke¹⁷⁹ se debe la verdadera y acabada formulación del derecho de autor como derecho de la personalidad, con lo cual no sólo se produce por primera vez una opción clara y en sentido afirmativo en cuanto a la naturaleza de dicho derecho —es decir, a diferencia de lo visto hasta ahora, no se limita Gierke a adscribir dicho derecho «incómodo» a una categoría vacía—, sino que la propia especie de los derechos de la personalidad adquiere a partir de Gierke perfiles propios. Es decir, ya de entrada podemos indicar como su primera aportación o innovación que Gierke no se limita a señalar que el derecho de autor es *un derecho de la personalidad*, sino *uno de los derechos de la personalidad*.

El esfuerzo de Gierke¹⁸⁰ estriba en llenar de contenido dicha categoría, estableciendo un catálogo de bienes de la personalidad («*Persönlichkeitsgüter*»)¹⁸¹ o partes destacadas de la esfera personal del individuo, y seleccionando, para cada una de ellas, las facetas cuya protección incumbe al Derecho privado. Se trata en algunos casos, como pone de relieve von Gierke, de bienes ya protegidos por el Derecho público, pero hay una serie de aspectos, relativos a esos bienes, que el Derecho público no cubre¹⁸², cuya

¹⁷⁷ Si bien data de 1880 su monografía *Das Autorrecht...* —monografía extensa e inextricable: es una obra de más de trescientas cincuenta páginas sin un solo epígrafe; por eso se la cita poco—, la verdadera divulgación de sus tesis se verá facilitada por una obra posterior (*Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart 1907), que las expone de modo más sistemático.

¹⁷⁸ A su vez, a las citadas Leyes alemanas de principios de siglo se debe la configuración de las facultades de explotación del autor, tanto en la vigente Ley alemana de 1965, como —a través de ella— en la Ley española de 1987. Es así que, de modo remoto, habría influido KOHLER en nuestra actual Ley de Propiedad Intelectual. Sobre este extremo, *vid.* nuestra monografía *La propiedad intelectual en la legislación española*, Madrid, 1994 [en prensa].

¹⁷⁹ Otto von GIERKE (1841-1921). Sobre la figura de von GIERKE y su influencia en el pensamiento jurídico germánico, *vid.* KLEINHEYER-SCHRÖDER, *op. cit.*, pp. 96-101.

¹⁸⁰ Al margen de su esfuerzo por distinguir entre el *derecho general de la personalidad* y los *derechos de la personalidad*, lo que constituye, según se ha dicho (SCHEYING *op. cit.*, p. 524; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 1253), la parte más frágil de su construcción, por lo inoperante de dicha distinción fuera del terreno estrictamente dogmático y, en definitiva, por la falta de sustantividad de ese derecho general de la personalidad, ya que, al fin y al cabo, dentro del mismo incluye von GIERKE lo relativo a la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de las personas.

¹⁸¹ Von GIERKE, *op. cit.*, p. 705.

¹⁸² «Der Staat schützt sie in erheblichem Umfange durch die Strafrechtsordnung

suma compone una categoría específica dentro del Derecho privado¹⁸³.

Por lo que hace al derecho de autor en concreto, Gierke afirma por primera vez la unidad en el contenido de dicho derecho; parte de la afirmación del derecho de autor como derecho de la personalidad en su conjunto¹⁸⁴. Mientras el modo de proceder frente a dicho derecho había sido hasta ahora la disección, a Gierke se debe su reconstrucción. En sentido inverso a los autores «personalistas», no se ciñe a poner de relieve los intereses no patrimoniales del autor en su obra¹⁸⁵, sino que, partiendo del propio objeto del derecho¹⁸⁶, de la obra como uno de los «Persönlichkeitsgü-

und gewährt ihnen zugleich in mannichfacher Weise seinen Verwaltungsschutz... Wo der staatliche Schutz versagt...» (GIERKE, op. cit., pp. 705-706). Para cada uno de los bienes de la personalidad, señala GIERKE qué aspectos incumben al Derecho privado (vid. op. cit., pp. 709-717). Así, serían éstos, para los bienes jurídicos primarios (que son el objeto de los «oberste Persönlichkeitsrechte») vida, honor e integridad física, las obligaciones de reparación derivadas de la infracción de los mismos; para el bien jurídico libertad, las restricciones de su ejercicio a que voluntariamente, mediante la celebración de negocios jurídicos (v. gr., arrendamiento de servicios) se somete el propio individuo. Por otra parte, incluye asimismo en el haz de derechos de la personalidad los derivados de la pertenencia a un estado o categoría de personas —ya sea por nacimiento (la nobleza) o con carácter adquirido (la pertenencia a una confesión religiosa)—, en la medida en que garantizan a la persona una posición jurídica singular en sus relaciones individuales que ha de ser respetada por todos. A continuación, se refiere al derecho al libre ejercicio de una actividad, que tendría como manifestaciones de Derecho privado, p. ej. el derecho a la clientela y los de monopolio de una determinada actividad económica (en lo que a estos últimos se refiere son derechos de la personalidad, puesto que amplían la esfera personal de su titular a costa de una restricción de la libertad general). También constituyen una clase de derechos de la personalidad los derechos sobre los signos externos de la personalidad (nombre y signos comerciales). Y, por último, sin indicar en sede general de los derechos de la personalidad el fundamento o razón de ser de los mismos— como ha ido haciendo con los anteriores —ni vincularlos con los otros bienes de la personalidad contemplados previamente, se refiere GIERKE a los derechos sobre las producciones del espíritu, de los que dice simplemente en este apartado que merecen «nähere Erörterung», dedicándoles efectivamente un capítulo específico.

¹⁸³ «Die Persönlichkeitsrechte müssen daher auch begrifflich heute als eine eigene Kategorie der besonderen Rechte anerkannt werden und fordern gebieterisch die ihnen gebührende Stelle im System» (op. cit., p. 704).

¹⁸⁴ «Das Urheberrecht ist somit in seinem ganzen Umfange als ein aus geistiger Schöpfung fließendes Persönlichkeitsrecht zu konstruieren» (op. cit., p. 764).

¹⁸⁵ Así lo hace constar GIERKE, que reprocha a las anteriores construcciones personalistas de autores como BLUNTSCHLI, DAHN y ORTLOFF haber ofrecido amplia superficie de ataque a sus adversarios —es decir, los partidarios de la adscripción patrimonial del derecho—, por la falta de claridad en cuanto a la naturaleza del derecho y por haber desatendido su objeto (von GIERKE, op. cit., p. 765).

¹⁸⁶ A pesar de que GIERKE considera asimismo que fue KANT el primero en referirse al derecho del autor como derecho de la personalidad (GIERKE, op. cit., p. 764), su línea de razonamiento está mucho más cerca de HEGEL, puesto que dicho filósofo había extraído asimismo, del propio objeto del derecho, determinados aspectos de su contenido personal, en concreto, la facultad del autor de introducir, de por vida, modificaciones en la propia obra: «Er hat mit dem produzierten* Werk seine Vorstellungsweise, seinen Geist, seine Gedanken, sich selbst gezeigt für Andere, sei-

ter»¹⁸⁷ de su autor —en tanto que exteriorización de su espíritu—, explica el porqué de esos intereses¹⁸⁸, que forman parte de un derecho que otorga al autor el señorío exclusivo sobre dicho bien de su esfera personal.

La facultad primaria y matriz de ese derecho es la de disposición de la obra¹⁸⁹, que consiste en el poder de decidir si —y cuándo y cómo— ese producto del espíritu ha de desprenderse de la persona de su autor¹⁹⁰. Si dicha decisión se adopta en sentido positivo —decidiendo divulgar la obra—, el derecho del autor experimenta necesariamente una compresión en su contenido¹⁹¹ —ya que la obra se separa así hasta cierto punto de la persona de su autor, y, además, la comunidad adquiere desde ese momento cierto derecho sobre ella, de manera que a partir de entonces se hace necesario deslindar el derecho del autor y el común sobre la obra—¹⁹². Subsiste aun así la facultad de disposición (sobre todo por lo que hace a decisiones sobre sucesivas divulgaciones), porque subsiste también el vínculo subjetivo entre el autor y su obra. Dicha facultad es en sí misma inalienable; sólo se transmiten facultades parciales de su ejercicio, que, a imagen y semejanza del derecho de propiedad, se consolidan, una vez extinguidas, en el derecho madre, haciendo recobrar a éste su plenitud¹⁹³.

A partir de esa facultad de disposición, se explican todos los demás elementos del contenido del derecho, tanto de carácter positivo como negativo (es decir, los poderes tendentes a llevar a cabo por sí mismo actividades de divulgación de la obra¹⁹⁴ y los

ne Subjektivität. Und wie er sich zeigt ist es ein Gebilde worin er sich gegeben hat, woran er noch ändern kann, solange er lebt hat er noch nicht das letzte Wort gesprochen» (*vid.* HEGEL, *Vorlesungen...* cit., tomo IV, p. 236).

* «produzirten», por «produzierten».

¹⁸⁷ «Das Urheberrecht ist ein Persönlichkeitsrecht, dessen Gegenstand ein Geisteswerk als Bestandtheil der eigenen Persönlichkeitssphäre bildet.» (*op. cit.*, p. 756).

¹⁸⁸ Sin añadir en cuanto a las características del derecho que se habían venido señalando con anterioridad nada sustancialmente nuevo. Lo que ocurre es que la explicación unitaria de GIERKE sirve para asignar a cada cosa —en concreto, a las distintas facultades que otorgan las leyes de 1870-76— su lugar.

¹⁸⁹ *Op. cit.*, p. 766.

¹⁹⁰ Este poder no es distinto de la decisión privativa en cuanto a la comunicación de la obra que a partir de KANT habían ido poniendo de relieve todos los autores (*vid.* nuestra p. 129).

¹⁹¹ *Vid.* von GIERKE, *op. cit.*, pp. 767; 789.

¹⁹² Por ejemplo, en cuanto a su posible utilización para realizar a partir de ella nuevas creaciones originales (pp. 767; 795 y 799).

¹⁹³ *Op. cit.*, p. 708: «... und zu seinem Mutterrechte in einem ähnlichen Verhältnisse steht, wie ein begrenztes dingliches Recht zum Eigenthum»; p. 809: «Die Substanz des Urheberrechts bleibt stets beim Urheber zurück. Sobald daher ein von ihm veräußertes Recht erlischt, wachsen die weggegebenen urheberrechtlichen Befugnisse dem Urheber von selbst wiederum zu.»

¹⁹⁴ Las posibles actividades sobre la obra se enumeran en la obra de GIERKE, parece que sin ánimo exhaustivo, en pp. 789 y ss. y son —con reparos, como ya veremos— las de las Leyes de 1870-76.

tendientes a impedir a otros esos mismos actos)¹⁹⁵; tanto de carácter personal como patrimonial. Y es que, en efecto, a partir del momento en que el autor decide dar a conocer su obra divulgándola, desarrolla su derecho un contenido de carácter patrimonial¹⁹⁶, ya que se abre así la posibilidad de obtener ganancias de aquélla. Con carácter originario, el derecho sobre las mismas incumbe sólo al autor, de manera que cualquier tercero que pretenda un derecho pecuniario sobre la obra habrá de traer causa del autor¹⁹⁷.

También la duración limitada del derecho encaja perfectamente en el sistema de Gierke: no se trata de un derecho perpetuo —y la norma positiva se limita en este punto, según Gierke, a regirse por la propia naturaleza del derecho—¹⁹⁸ dado el carácter precedero de las relaciones entre el autor y su obra¹⁹⁹. Tras la muerte del autor, los días del derecho están contados y si no se extingue ya entonces es²⁰⁰ en beneficio de los allegados al autor («seine Angehörige») que, por su proximidad a la esfera personal de éste, todavía han de tener un cierto poder de disposición sobre la obra, aunque limitado temporalmente²⁰¹.

Podría señalarse como principal mérito del intento de explicación de Gierke, además del de haber puesto de relieve la importancia de los intereses de carácter ideal del autor y de haber conseguido calificarlos jurídicamente, asignándoles un lugar en el sistema del Derecho privado, el que, ya dentro de la propia institución, su configuración unitaria del derecho consigue dotar de sentido a los distintos elementos del mismo.

Sin embargo, precisamente por ese carácter global y lineal de la explicación, por lúcida y coherente que ésta sea en abstracto, se echa en falta, en ocasiones, que lo que parecen intuiciones geniales de Gierke sea contrastado, de forma apurada, con el estado del Derecho positivo. Se detectan, en efecto, determinados

¹⁹⁵ Op. cit., p. 789.

¹⁹⁶ «Das Urheberrecht kann sich jedoch unbeschadet seines personenrechtlichen Kernes zugleich zum Vermögensrechte entfalten» (op. cit., p. 766); «Das Verlagsrecht bleibt Ausfluss des Urheberrechts, wie der väterliche Niessbrauch Ausfluss der väterlichen Gewalt...» (op. cit., p. 706, nota 12).

¹⁹⁷ Op. cit., p. 766.

¹⁹⁸ Op. cit., p. 762.

¹⁹⁹ En el capítulo dedicado a los derechos de la personalidad en general, no introduce GIERKE ningún tipo de explicación en cuanto a la distinta duración de unos y otros de esos derechos; se limita a constatarla, reconociendo que no todos ellos decaen con el sujeto portador y que, por el contrario, se extinguen algunos antes de su muerte (op. cit., p. 708).

²⁰⁰ Además de porque, «in Folge der Zerbrechlichkeit des menschlichen Daseins», las condiciones de su disfrute serían entonces sumamente aleatorias (op. cit., p. 768).

²⁰¹ «... das Gesetz will den Autor in der nächsten Generation der Erben noch fortleben lassen» (op. cit., p. 768, nota 73).

puntos de fricción con respecto al mismo, sin que Gierke se preocupe en explicar o justificar el porqué de dichas discrepancias. Sin ir más lejos, determinadas facultades sobre la obra que Gierke considera que corresponden de modo originario al autor no se le reconocen o no se le reconocen incondicionadamente en las leyes de 1870 y 1876²⁰². Tampoco se deja arredrar Gierke, por ejemplo, en su explicación de la duración limitada del derecho, basada exclusivamente en la vinculación de la obra con la persona de su autor, por el hecho de que las distintas legislaciones concedan plazos de duración diferentes, algunos de ellos desvinculados de la duración de la vida del autor²⁰³.

La crítica más generalizada que se hace a la construcción de Gierke es su carácter excesivamente unilateral —análisis de todos los fenómenos desde la perspectiva de los intereses ideales del autor— y el escaso desarrollo de la vertiente patrimonial de la obra y el derecho²⁰⁴. Es cierto que la obra está vinculada a la persona de su autor, pero también lo es que cobra existencia independiente de aquél²⁰⁵, no sólo a partir de la publicación, sino ya incluso desde el momento de la creación —como exteriorización del pensamiento que puede ser objeto de derecho—. Y, además, la obra es asimismo un bien patrimonial y, como tal, funciona en el tráfico con autonomía. La concepción de Gierke del derecho patrimonial o de los aspectos patrimoniales del derecho del autor como aspecto o aspectos secundarios olvida, cuando menos, que, históricamente, los primeros intentos de articular el derecho de dicho sujeto iban destinados a proteger ese tipo de intereses²⁰⁶.

²⁰² Así, la facultad de traducción que GIERKE considera propia del autor sólo se le reconoce a éste en la Ley de 1870 si se la ha reservado expresa y formalmente [§ 6.c) «Reichsgesetz» de 1870]. Y, en cuanto a la facultad de exposición pública de la obra plástica, que señala también GIERKE como privativa del autor, no está contemplada entre las que la «Reichsgesetz» de 1876 reconoce al autor, sino que incluso parece negársele, dado que el § 8,II de dicha Ley establece que el propietario del original de la obra plástica no está obligado a ponerlo a disposición del autor o su causahabiente a efectos de ejercicio de su derecho.

²⁰³ «Doch wird es auch dadurch nicht verdunkelt, dass ausnahmsweise theils der Bestand eines Urheberrechtes überhaupt theils dessen Schutz in einer bestimmten Richtung durch einen unabhängig von der Lebensdauer des Urhebers abgemessenen Zeitraum begrenzt wird.» (op. cit., p. 769).

²⁰⁴ Vid. ULMER, op. cit., p. 111; STRÖMHOLM, op. cit., p. 330; HUBMANN, Heinrich, *Urheber- und Verlagsrecht*, op. cit., p. 20.

²⁰⁵ Como señala ULMER, refiriéndose a la rigidez del vínculo autor-obra en GIERKE, «Das Verhältnis des Urhebers zum Werk ist nicht das Verhältnis zu sich selbst, sondern das Verhältnis zu einem geistigen Kinde, das seine eigene Bestimmung und seine eigenen Schicksale hat» (op. cit., p. 111).

²⁰⁶ Y, en realidad, así lo reconoce el propio von GIERKE sin paliativos (op. cit., p. 759).

III. LA ELABORACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 10 DE ENERO DE 1879

A los treinta años de vigencia de la Ley sobre propiedad literaria de 1847, en 1876, un grupo de intelectuales españoles (entre ellos, el poeta Gaspar Núñez de Arce y el político y ensayista Emilio Castelar)²⁰⁷, que a la vez eran Diputados del Parlamento español²⁰⁸, elevan al Congreso de los Diputados una Proposición de Ley, elaborada por el jurista y Vocal de la Comisión General de Codificación, Manuel Danvila Collado (1830-1906)²⁰⁹, con el sólo propósito de convertir la propiedad intelectual o derecho de los autores en derecho de carácter perpetuo²¹⁰.

²⁰⁷ El primero de ellos, Presidente de la «Asociación de Escritores y Artistas españoles»; miembros ambos del Comité de Honor de la «Asociación Literaria y Artística Internacional», fundada por Victor HUGO a partir del Congreso internacional literario celebrado en París en junio de 1878, con motivo de la Exposición universal (*vid. Association littéraire et artistique internationale. Son histoire-Ses travaux. 1878-1889, Paris, 1889*).

Vid. asimismo la reseña que sobre otro de los Congresos de dicha Asociación, el de Madrid de 1887, realiza José MALUQUER y SALVADOR en tres artículos de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (*vid. MALUQUER y SALVADOR, José, «Congreso internacional de 1887 para la protección de la propiedad literaria y artística», en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1887, tomo 71, pp. 495 y ss. y 626 y ss.; 1888, tomo 72, pp. 57 y ss.*).

²⁰⁸ «Nuestra ley... Correspondió a tiempos en que la política fraternizaba con las letras y, por ello, los legisladores, en su calidad de autores o poetas sentían como propia la legítima aspiración de amparar las obras del ingenio» (FORNS, José, «Temas de propiedad intelectual. Fuerza obligatoria del Registro», en *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 640/645).

Merece, en efecto, ser destacada la intervención de algunos intelectuales del siglo XIX (literatos sobre todo) en defensa de sus derechos. En Francia, es notorio el compromiso de Victor HUGO con la «propiedad literaria» (*vid. nota anterior*). No menos importante fue la labor de Honoré DE BALZAC, quien siguió muy de cerca las iniciativas legislativas. Con motivo de la redacción (en 1836) y de la discusión parlamentaria (en 1841) de un Proyecto que no fue ley, publicó sendos escritos («Sur les questions de la propriété littéraire et de la contrefaçon», de 30 de octubre de 1836 y «Notes remises à Messieurs les Députés composant la Commission de la loi sur la propriété littéraire», de 3 de marzo de 1841; *vid. Oeuvres complètes de Honoré de Balzac*, Paris, 1940, tomo III [«Oeuvres diverses»], pp. 16 y ss.; 417 y ss.). En BALZAC, la defensa de la «propiedad literaria» no es retórica, puesto que, a diferencia de otros literatos, sabe razonar y expresarse en términos jurídicos (era «Bachelier en Droit»): «Je demande donc l'assimilation absolue de la propriété littéraire à la propriété telle qu'elle est définie par le Code civil... N'oubliez pas, Messieurs, qu'en ce moment la propriété telle que le Code civil l'a constituée, en continuant le droit romain... est l'objet des plus violentes attaques de la part de publicistes... En ce moment donc, soumettre la propriété littéraire à une concession temporaire, ce serait donner un premier avantage aux adversaires de la propriété, qui s'en armeraient, n'en doutez pas!» (*vid. «Notes...» cit.*, pp. 417-418).

²⁰⁹ Contiene una breve biografía de DANVILA la obra cit. de LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, tomo 3 (Procedimiento penal), Madrid, 1945, p. 249, nota 12.

²¹⁰ *Vid.* en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 1876, n.º 116,

Resulta que, a la hora de la verdad, cuando ya se había presentado el Proyecto a la Cámara y se había consultado a los sectores sociales implicados (otros autores españoles, figuras de la vida pública cultural española y juristas de reconocido prestigio)²¹¹, hubo que retroceder, porque, en el último momento, los Ministros del ramo —de Justicia y, sobre todo, el de Fomento, conde de Toreno—²¹² hicieron saber a ese grupo de Diputados que no era del agrado del Gobierno que se regulase como perpetua la propiedad intelectual²¹³, de manera que éstos, sin esperar a la decisión del Parlamento y dejándose así presionar, incorporaron en el último momento al Proyecto inicial un plazo de duración del derecho (vid art. 6 de la Ley de 1879)²¹⁴⁻²¹⁵.

de 6 de noviembre, el art. 2.º de la citada Proposición de Ley: «La propiedad intelectual se rige por el mismo derecho regulador de las demás propiedades, y como éstas es perpetua y no admite más limitaciones que las impuestas por la ley o por la voluntad de los que la tienen.»

²¹¹ Entre los últimos, Manuel COLMEIRO, José VICENTE y CARAVANTES y Benito GUTIÉRREZ (vid. en DANVILA COLLADO, Manuel, *La propiedad intelectual*, Madrid, 1882, p. 201, la crónica de la sesión de consulta celebrada por dicha comisión parlamentaria).

²¹² El Ministro de Fomento, C. Francisco Queipo de Llano, conde de Toreno, es hijo del también conde de Toreno que, como Diputado de las Cortes de Cádiz, intervino durante la discusión del Decreto de 1813, relativo a la propiedad de los autores, aprobado por dichas Cortes (vid. *supra* nuestro epígrafe relativo a los «Precedentes» de la Ley sobre propiedad literaria de 1847).

²¹³ No constan las razones de esa decidida oposición gubernamental a la perpetuidad de la propiedad intelectual. Remontándonos a preocupaciones más generales de la época, cabe pensar que sobre la regulación de esta materia en concreto planeaba también el fantasma de la vinculación de bienes. Incorporado al libre tráfico, en virtud de la Ley de 1847, un nuevo tipo de bienes (las «obras del ingenio»), repugnaba a la mentalidad del siglo XIX —incluso una vez superada la fiebre desamortizadora, períodos conservadores como la Década moderada y la Restauración siguen manifestando esos mismos recelos— que hubiesen de quedar éstos adscritos con carácter indefinido a un determinado sujeto y sus descendientes. Confirmarían tal explicación los argumentos con que DANVILA COLLADO, redactor de la ley, intenta desechar tales temores. Según DANVILA, la libre transmisibilidad del derecho de propiedad intelectual impediría que, no obstante su perpetuidad, quedase constituido el temido «mayorazgo» o vinculación de bienes dentro de una familia: «...Esa vinculación perpetua de la obra en la familia del que la produjo, tendría muchos inconvenientes si de vincular se tratara; pero no se trata de eso, sino de propiedad de libre disposición» (vid. el Preámbulo de su Proposición de Ley en el Diario de Sesiones del Congreso de 1876, n.º 116, de 6 de noviembre).

No obstante, el resultado definitivo acabaría siendo aún más proclive a la vinculación de bienes, que la perpetuidad del derecho rechazada por el Gobierno, pues, más adelante, la Comisión dictaminadora del Senado consiguió que prosperase la reversión de la obra a favor de los herederos del autor, fijando una duración máxima al derecho de los adquirentes *inter vivos* de éste (vid. el art. 6.º de la Ley de 1879).

²¹⁴ Vid. el Dictamen de la Comisión del Congreso sobre la Proposición de Ley inicial (Diario de Sesiones del Congreso de 1877, apéndice VII al n.º 49, de 4 de enero).

²¹⁵ El Proyecto Danvila pasó, después de presentado al Congreso, al trámite de Comisión dictaminadora del Congreso —de la que formaban parte prácticamente los

IV. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA LEY

A pesar de quedar así frustrada la finalidad que la había hecho surgir, la Ley de 1879 representa ciertos avances ²¹⁶ respecto a la Ley de 1847 ²¹⁷, y, sobre todo, evidencia y se inscribe en una nueva época en la consideración del derecho de autor ²¹⁸.

A partir de este momento, se pretende que el recurso a la expresión «propiedad del autor» no constituya pura fórmula, sino que se quiere extraer de ella verdaderas consecuencias jurídicas, fundamentalmente la absoluta equiparación al derecho de propiedad ordinaria sobre bienes materiales, sobre todo en cuanto a la perpetuidad y garantías del mismo.

Ateniéndonos a las manifestaciones del propio artífice de la Ley, Manuel Danvila Collado, las conclusiones del Congreso internacional literario de París de 1878 ²¹⁹ constituyen el generador de la Ley de propiedad intelectual de 1879; la consideración, en definitiva, de que «la propiedad intelectual y la material, son apli-

mismos Diputados que lo habían presentado como Proposición de Ley—; el Dictamen de dicha Comisión no introdujo modificaciones sustanciales respecto a la Proposición inicial y fue aprobado sin discusión por el Pleno de la Cámara. Acto seguido, pasó a la Comisión del Senado (*vid.* Diario de Sesiones del Senado de 1878, apéndice IV al n.º 102, de 11 de diciembre) que, aunque escasas, introdujo algunas modificaciones que contribuyeron a mejorar el Proyecto (*vid. infra* nota 227). El Dictamen de la Comisión del Senado fue discutido por el Pleno de la Cámara durante una única sesión (de 16 de diciembre de 1878; *vid.* Diario de Sesiones del Senado de 1878, n.º 106) y, por diferencias entre los propios Senadores, se decidió constituir una Comisión mixta Congreso-Senado (*vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1878, n.º 154, de 19 de diciembre), de la que salió, con sólo algunos cambios de redacción, el texto definitivo, promulgado el 10 de enero de 1879.

²¹⁶ Internacionalmente se la saludó en su tiempo como uno de los textos más liberales del momento: «Prenant pour texte une loi toute récente, qui a eu l'initiative et l'honneur de cette déclaration libérale de la presque pérennité des propriétés de l'esprit, nous avons demandé, avec le législateur espagnol...la loi récemment voté, laquelle est l'oeuvre la plus libérale qui existe actuellement...» (*vid. Journal du Droit international privé*, 1879, pp. 471 y 475, que transcribe una carta de la «Société des gens des lettres» al ministro de Asuntos Exteriores francés).

²¹⁷ «... la ley novísima ha dado a la propiedad intelectual mayor importancia que la de 1847...» (así FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente, en *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1880 [2.ª ed.], tomo II, p. 68).

²¹⁸ El contraste entre los dos períodos que configuramos se pone de relieve confrontando las conclusiones del ya citado Congreso de París de 1878 (*vid.* nota 207) con las del primer Congreso de la propiedad literaria y artística, celebrado en Bruselas en 1858 (*vid.* MALUQUER y SALVADOR, loc. cit., tomo 71, p. 504). Mientras que dicho Congreso se clausuró proclamando «la propiedad temporal y limitada del autor sobre sus obras» —lo cual no dejaba de representar un verdadero paso al frente, si se piensa que entonces todavía estaba en juego la existencia del derecho—, fueron las principales conclusiones del Congreso de París:

«Le droit de l'auteur sur son oeuvre constitue, non une concession de la loi, mais une des formes de la propriété que le législateur doit garantir».

«Le droit de l'auteur, de ses héritiers et de ses ayants cause est perpétuel.»

²¹⁹ *Vid.* nota anterior.

caciones de una misma idea, la idea general y abstracta de la propiedad»²²⁰.

Aun así, las especialidades del derecho de autor, que de modo tan escrupuloso y depurado iban poniéndose de relieve en ese último tercio del siglo XIX²²¹, no fueron por completo ignoradas en nuestro ámbito. Antes bien, por lo que hace al carácter incorporal del objeto del derecho de autor y a la emancipación del derecho sobre ese objeto (la obra en sí), del derecho que recae sobre el objeto físico que constituye su soporte, contiene nuestra Ley una declaración que no se encuentra en otros textos del Derecho comparado de aquel momento²²². Nos referimos a la declaración de su art. 9.º, que pretende dejar a salvo el derecho del autor de una «obra de arte» frente al adquirente de su soporte material: «La enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni del de exposición pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados al autor o a su derecho-habiente»²²³.

Al parecer, si nuestra Ley contiene tal declaración, es porque también constituía una de las conclusiones del referido Congreso literario de París de 1878²²⁴.

En cuanto al otro flanco de la «especialidad» del derecho²²⁵, la existencia de intereses no patrimoniales del autor en su obra²²⁶,

²²⁰ Vid. DANVILA, op. cit., pp. 69-70; p. 593.

²²¹ Vid. *supra* el epígrafe «LA ELABORACIÓN CIENTÍFICA...»

²²² En la legislación francesa, p. ej., no se formula una declaración parecida sino bastante después, por Ley de 9 de abril de 1910 relativa «à la protection du droit des auteurs en matière de reproduction des oeuvres d'art».

Sí, en cambio, en la «Reichsgesetz» de 1876, relativa al derecho de autor sobre obras plásticas («Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste», de 9 de enero de 1876). Vid. así su § 8 I: «Wenn der Urheber eines Werkes der bildenden Künste das Eigenthum am Werke einem Anderen überlässt, so ist darin die Übertragung des Nachbildungsrechts fortan nicht enthalten, bei Portraits und Portraitsbüsten geht dieses Recht jedoch auf den Besteller über». El citado precepto de la Ley alemana de 1876 representa, pues, una superación de la Ley prusiana de 11 de junio de 1837, que a este mismo respecto había sostenido el principio contrario (según sus párrafos 26 y 28, la enajenación del original de una obra de arte comportaba, salvo pacto en contrario, la transmisión al adquirente del derecho exclusivo de reproducirla).

²²³ Compárese esta declaración de la Ley de 1879 con lo expuesto *supra* en relación a la anterior Ley de 1847 (vid. el epígrafe CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA LEY ESPAÑOLA DE 1847).

²²⁴ Así lo indica MALUQUER y SALVADOR, loc. cit., tomo 72, p. 72 y lo confirma el hecho de que no figuraba la declaración del art. 9.º en la Proposición inicial de Ley presentada por DANVILA al Congreso de los Diputados en noviembre de 1876; tampoco figuraba la misma en el Proyecto salido del Congreso en enero de 1877 y sí, en cambio, estaba ya ese art. 9.º en el Proyecto presentado por la Comisión del Senado al Senado en diciembre de 1878, *después*, por tanto, de haberse celebrado el Congreso internacional literario que tuvo lugar en París en junio de 1878.

²²⁵ Vid. también al respecto el capítulo anterior.

²²⁶ «Desde luego la propiedad intelectual tiene dos aspectos diferentes que no

existe un tenue reconocimiento de ellos, más que en la Ley (*vid.* su art. 44 considerado, inexactamente, sede del llamado «derecho de inédito»), en el Reglamento dictado después en ejecución de la misma (R.D. de 3 de septiembre de 1880. Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual; *vid.* sus arts. 66,2; 69; 85; 86; 87 y 93, en los que se detecta cierto reconocimiento del derecho del autor a la paternidad y a la integridad de su obra y del llamado «derecho de arrepentimiento») ²²⁷.

Pero, si bien se detectan también en nuestro ámbito esas notas especiales del derecho de propiedad intelectual, el modo de proceder respecto de ellas es totalmente distinto del que se vio para el ámbito germánico. Antes que sacar consecuencias de esas notas diferenciadoras a efectos de nueva adscripción del derecho, se pretende, por el contrario, obviarlas con el fin de poder seguir manteniendo la consideración del derecho de autor como propiedad. El único problema dogmático en nuestro ámbito, entre los escasos juristas, además, que consideraron que el tema de la propiedad intelectual merecía algún tipo de atención ²²⁸ era, hemos de reiterarlo, el de la perpetuidad o no del derecho.

pueden desconocerse: el aspecto del lucro y el de la gloria; cuando la propiedad común u ordinaria no tiene más que uno» (así Leopoldo Augusto de Cueto, marqués de Valmar, de la Comisión del Senado que dictamina sobre el Proyecto de Ley de propiedad intelectual. *Vid.* el Diario de Sesiones del Senado de 1878, n.º 106, de 16 de diciembre, p. 1939).

²²⁷ El escaso reconocimiento que de ese tipo de intereses se encuentra en la Ley de 1879 y su Reglamento de 1880 se debe a la Comisión dictaminadora del Senado y a la Comisión que redactó el Reglamento. Ambas Comisiones se esforzaron por mitigar el rigor «patrimonialista» del Proyecto surgido del Congreso.

²²⁸ Menos todavía eran los tratadistas españoles que tenían noción de los esfuerzos que se hacían en otros ámbitos por consolidar una nueva orientación en la consideración del derecho: «... hay autores, como la generalidad de los jurisconsultos alemanes, que rechazan tal tecnicismo [se refiere a la consideración del derecho como propiedad]... no se trata aquí de uno de aquellos derechos de la personalidad... y la razón de esta diferencia es que en estos casos no se trata de una garantía *in genere*, de amparar el ejercicio de una facultad nuestra, sino de un derecho concreto que nace con motivo de lo que es ya un objeto de propiedad concreto también y para obtener el cumplimiento de un fin económico...» (AZCÁRATE, op. cit., III, pp. 318-320); «Los que lo niegan... lo consideran como un derecho de la personalidad. Es cierto, como han dicho los partidarios de esta teoría, que es una extensión de la personalidad del autor; pero esto mismo es toda propiedad... En efecto, ambos derechos no están aislados y sin enlace alguno, porque el derecho de propiedad... es consecuencia necesaria del derecho a la actividad aplicado al cumplimiento del fin económico. En este sentido, todo derecho de propiedad es extensión del derecho originario y absoluto de la personalidad...» (*vid.* MALUQUER y SALVADOR, loc. cit., tomo 71, p. 499).

V. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO PROPIEDAD ESPECIAL. LAS LLAMADAS «PROPIEDADES ESPECIALES»

Los datos que pueden extraerse en torno al derecho del autor sobre su obra a partir del análisis de su ley reguladora resultan de todo punto insuficientes. No nos proporciona dicha Ley una definición sincrética de ese derecho, sino que se limita a mencionar, sin ánimo exhaustivo y con motivo del examen más detenido de algunos de los tipos de obras que contempla, las facultades o modos más habituales de sacar partido de las mismas (art. 9 Ley: «obras de arte... derecho de reproducción y exposición pública»; art. 11: «discursos parlamentarios... ser reimpresos»; art. 16,1: «pleitos y causas... publicarlos»; art. 19,1: «obras dramáticas y musicales... ejecutar(las) en sitio público»; art. 23,1: «imprimir(las) y vender(las)»; art. 29 Ley: «periódicos... publicados»; art. 31 Ley: «escritos insertos en publicaciones periódicas... formar colección» y art. 16 Reglamento: «derecho de inserción»²²⁹).

Es más, las pocas ocasiones en que la Ley de 1879 se propone enunciados más generales y abstractos los utiliza precisamente para advertir de su falta de autonomía normativa. Así lo hace en los arts. 5.º: «La propiedad intelectual se regirá por el derecho común...»; y 37, segundo párrafo, que se refiere a los «beneficios que conceden esta Ley y el derecho común a la propiedad intelectual».

En realidad, esos dos preceptos constituyen la encarnación, ya dentro del propio texto legal, del espíritu con que el mismo había sido concebido: «Es indudable, pues, que la propiedad intelectual es una propiedad de orden común, y que para vivir no necesita otra cosa que el régimen de la ley general, por lo que es fácil comprender, que su constitución debe ser objeto de dicha ley y de una reglamentación que determine los medios prácticos de ejecutarla»²³⁰.

Por voluntad del propio legislador de 1879, si se quiere reconstruir no sólo el modo de ser del derecho en el momento en que se le dotó de tal regulación, sino también su evolución hasta el presente, dado que el derecho de autor ha subsistido hasta nuestros días en la forma en que la Ley de 1879 lo concibió²³¹, no

²²⁹ «Tales declaraciones ganarían efectividad ordenadora formuladas como enunciados generales, sin necesidad de vincularse a supuestos tan concretos como aquéllos en que se establecen...» (vid. BAYLOS CORROZA, *Tratado...* cit., p. 629).

²³⁰ Vid. el Preámbulo de la Proposición de Ley sobre propiedad intelectual, presentada al Congreso por DANVILA COLLADO y otros Diputados (Diario de Sesiones del Congreso de 1876, n.º 116, de 6 de noviembre).

²³¹ Y ello no obstante haberse mirado a la Ley del 79 en el momento de su promulgación como solución poco menos que transitoria y de mera transacción: «La comisión nombrada para examinar la proposición de ley... coincidió unánime... en

basta con lo que nos dice su Ley especial, sino que hemos de remontarnos a esa «ley general», a la que desde un primer momento se apela, y que acabará no siendo otra que el, poco después, promulgado Código civil, puesto que él será, en definitiva, el depositario de las normas del «derecho común de propiedad».

Esa vinculación entre la Ley de propiedad intelectual de 1879 y el Código civil de 1889, amén de deliberada y por razones sustantivas, se establece además sin necesidad de buscarla, dado que, desde el punto de vista cronológico, se inscribe aquélla en el *iter* que lleva a éste. La Ley de propiedad intelectual de 10 de enero de 1879 ha de ser contemplada, además de como cuerpo legal regulador de una determinada institución, como hito que se inscribe en una determinada etapa del proceso codificador español: la etapa de las «leyes especiales».

La resultante de esos dos factores —el material o sustantivo y el cronológico-legislativo— será precisamente la consagración en nuestro ordenamiento de la propiedad intelectual como propiedad especial o, mejor dicho, como una de las «propiedades especiales» (véase la rúbrica del Título IV, Libro II del Código civil), concepción que, al menos nominalmente, sigue aún hoy en vigor —porque lo está el Código civil y porque la propia Constitución española (art. 149.1.9) parece querer seguir manteniéndola—, coexistiendo con la nueva Ley sobre la materia.

1. La incorporación de la categoría al Código civil

Si la Ley de 1879 había dejado establecido que el derecho sobre «las obras literarias, artísticas o científicas» (art. 1.º Ley) que corresponde, fundamentalmente, al autor de las mismas — además de a otros sujetos a quienes la misma Ley lo atribuye por otros títulos (*vid.* sus arts. 2.º, 4.º y 6.º)— es derecho de propiedad, dirá el Código civil que ese derecho en cuestión constituye una «propiedad especial»²³². Ambas proposiciones no son —como

proclamar como *desideratum* de la ciencia y término de sus aspiraciones, la perpetuidad de la propiedad de los productos de la inteligencia... los sres. Ministros de Fomento y Gracia y Justicia... se opusieron resueltamente... Entre ambos extremos, creyeron los que suscriben que sin mengua de sus convicciones íntimas, podían aceptar una existencia temporal para la propiedad intelectual, por tiempo tal que representase un verdadero progreso y una prudente transacción...» (*Vid.* Dictamen de la Comisión del Congreso sobre la Proposición inicial de DANVILA, Diario de Sesiones del Congreso, de 1877, apéndice VII al n.º 49, de 4 de enero).

²³² Recuérdese el art. 5.º de dicha Ley, que con un tenor literal aún más expresivo de la concepción profesada por sus artífices y más próximo aún a la actitud que respecto a esa materia adoptará el propio Código civil, decía en la redacción con que el Congreso la remitió al Senado: «La propiedad intelectual, fuera de las especialidades establecidas o que en lo sucesivo se establezcan, se regirá por el derecho regulador de las demás propiedades, y no admite más limitaciones que las impuestas por la

se pone de relieve ya al formularlas— antagónicas, sino que, como en seguida se verá, es la segunda colofón de la primera.

La formulación de la categoría de las llamadas «propiedades especiales» —categoría, hemos de verlo también, desconocida fuera del ordenamiento y la ciencia jurídica española—²³³ no es anterior al Código civil. La existencia de leyes específicas, destinadas a regular las materias más tarde señaladas como objeto de las distintas propiedades especiales no comporta todavía la formulación de su concepto genérico. Dado lo dilatado y accidentado del proceso que culmina en el Código civil, hay que fijar en qué momento del mismo se opera el salto de la idea de objetos contemplados en leyes especiales, a la de «propiedades especiales».

Y, sin ningún género de dudas, es el Proyecto de Ley de Bases para el Código civil de 22 de octubre de 1881²³⁴ quien inicia esa parábola a que nos referimos. En efecto, establece su Base 2.^a: «Quedarán en vigor la Ley hipotecaria, la del Registro civil, la de minas, la de aguas y cualesquiera otras especiales que contengan disposiciones de carácter civil. El Gobierno, sin embargo, llevará al Código civil los preceptos sustantivos que haya en ellas, en la medida que la estructura del Código Civil lo exija. Sólo serán aplicables las disposiciones del Código Civil a los casos que se rijan por las leyes especiales cuando en éstas no hubiere reglas por las que no puedan ser resueltos.»

Fruto de esas coordinadas trazadas por la Base para la materia de que nos ocupamos será la introducción en el Libro II («De la división de las cosas y de la propiedad») del Proyecto de Código civil de 1882²³⁵ de un Título, el IV, que llevaba por rúbrica «De algunas propiedades especiales», siendo las allí contempladas la «De las Aguas», la «De los minerales» y la «propiedad intelectual».

Se pasa así de la «especialidad» de las leyes a la de las «propiedades» en ellas contempladas.

ley o por la voluntad de aquellos a quienes pertenece» (*vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1877, apéndice VII al n.º 49, de 4 de enero).

²³³ Como ya ha sido puesto de relieve: «El hecho de que al lado del concepto de propiedad aparezca la nota de especialidad... es un claro exponente de la sabia ponderación del genio creador de nuestra patria...» (Pedro Miguel G. QUIJANO, «Consideraciones sobre el concepto de las llamadas propiedades especiales», en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, Madrid, 1961, tomo III, vol. 1.º, pp. 463 y ss.; *vid.* p. 464, nota 1; p. 467).

²³⁴ Proyecto redactado un año después de que el Decreto de 2 de febrero de 1880 (Decreto Bugallal) hubiese reanudado los trabajos para la redacción del Código civil, con Alonso Martínez como titular de la cartera de Gracia y Justicia y Presidente de la Sección civil de la Comisión General de Codificación.

²³⁵ Dicho Proyecto, como indicó el propio Alonso Martínez en la Exposición del mismo a las Cortes, surgía de resultas y, a la vez, estaba llamado a sustituir a las Bases de 1881 (*vid.* Diario de Sesiones del Senado de 1882, apéndice VI al n.º 95, de 9 de mayo).

En el flujo y reflujo que experimentan las tareas de codificación, quedan detenidas las mismas en este punto²³⁶, siendo el Proyecto de Ley de Bases de 6 de mayo de 1885²³⁷ su siguiente resultado visible. En lo que a nosotros interesa, resulta ser dicho Proyecto una síntesis de los criterios mantenidos respectivamente por el Proyecto de Ley de Bases de 1881 y por el Proyecto de Código de 1882, dado que su Base 9.^a, además de mantener idéntica actitud en cuanto a las leyes especiales existentes, relativas a determinados objetos, suscribe la consideración como «propiedad» de los derechos contemplados en ellas²³⁸, fundiendo todo ello, además, con lo relativo al derecho de propiedad en general: «Se mantendrán el concepto de propiedad y la división de las cosas, el principio de accesión y de copropiedad con arreglo a los fundamentos capitales del Derecho de Castilla, y se incluirán en el Código las bases en que descansan los *conceptos especiales de determinadas propiedades*, como las aguas, las minas y las producciones científicas, literarias y artísticas bajo el criterio de *respetar las leyes particulares por que hoy se rigen* en su sentido y disposiciones y deducir de cada una de ellas lo que pueda estimarse como fundamento orgánico de *derechos civiles y sustantivos para incluirlo en el Código*»²³⁹.

Dicha Base 9.^a fue aprobada sin discusión en el Senado en 1885²⁴⁰. En el Congreso, la discusión de todo el Proyecto en general fue bastante más azarosa y, desde luego, más larga²⁴¹; allí se discutió superficialmente sobre la Base 9.^a —convertida finalmente en la 10.^a de la definitiva Ley de Bases de 11 de mayo de

²³⁶ Por relevo en la cartera de Gracia y Justicia y, además y sobre todo, por el nuevo episodio que, en la lucha por la unidad legislativa, representan las discusiones para elaborar el Libro III en el seno de la Comisión General de Codificación (*vid.* los testimonios que, al respecto, cita LASSO GAITE, *op. cit.*, tomo 4, vol. I, pp. 397-398).

²³⁷ Parece que dicho Proyecto de Ley de Bases no surgió de la Comisión General de Codificación, sino que fue obra del propio SILVELA, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia (*vid.* LASSO GAITE, *id. Crónica...*, tomo 4, vol. I, p. 423).

²³⁸ La continuidad entre uno y otro Proyecto de Ley de Bases no se manifiesta únicamente en este punto, ni es casual, sino que, como declara el Ministro ponente del segundo, FRANCISCO SILVELA, se sigue en el segundo «el camino discretamente señalado por un Gobierno [el del período 1881-1882] de tendencias menos conservadoras que las nuestras». Los dos únicos puntos de fricción entre ambos textos se refieren sólo a dos cuestiones, si bien de capital importancia: el matrimonio y las condiciones en que había de subsistir la llamada «legislación foral» (*vid.* Diario de Sesiones del Senado de 1885, apéndice al n.º 54 de 12 de enero).

²³⁹ Las cursivas son mías.

²⁴⁰ En la sesión de 13 de abril de 1885 (Diario de Sesiones del Senado n.º 98, de 13 de abril, p. 1819).

²⁴¹ Dado que, por circunstancias de la situación general del país, ajenas a la dinámica del proceso codificador, estuvo interrumpida la discusión en el Congreso entre el 19 de junio de 1885 y el 22 de marzo de 1888, en que se reanuda a partir de la Base 3.^a (*vid.* Diario de Sesiones del Congreso de esa última fecha, n.º 78, p. 2009).

1888—²⁴², pero no se la modificó, y, una vez aprobada ²⁴³, se volvió a tratar de la misma al examinar la Cámara la adecuación del Código civil ya publicado a las Bases ²⁴⁴.

El Código civil promulgado en 1889 presenta esta materia en cuestión de manera idéntica al Proyecto de Código de 1882, es decir, manteniendo ese Título IV «De algunas propiedades especiales» y siendo en concreto los arts. 428 y 429 del capítulo «De la propiedad intelectual» iguales al 433 y 434 de ese Proyecto ²⁴⁵.

2. El origen de la categoría. El porqué de su formulación

2.1. LOS OBJETOS REGULADOS POR LEYES ESPECIALES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851

Resulta, pues, que, por lo que hace a las «propiedades especiales», se aparta el Código civil del Proyecto de 1851, a pesar de ser éste, según la Base 1.^a de la Ley de Bases de 1888, el cuerpo legal en que debía inspirarse fundamentalmente el Código. La razón o razones de que uno y otro mantengan criterios diferentes sólo puede hallarse en lo acaecido en el período que media entre ambos. Y, dentro de ese dilatado lapso temporal, ya se ha visto la «responsabilidad» que, en cuanto a la formulación de la categoría, corresponde al Proyecto de Código civil de 1882.

De manera que, una vez fijado exactamente el momento de su formulación, vamos a ocuparnos de determinar el porqué de su aparición, lo cual no es tarea fácil. Ni que decir tiene que, no siendo éste de las «propiedades especiales» uno de los temas capitales de la Codificación en España, los designios del legislador con respecto a ellas sólo pueden ser reconstruidos con datos poco menos que indiciarios. Ello contrasta, de una parte, con la persistencia de la categoría en el tiempo y, de otra, con la absoluta

²⁴² Se convertiría en la 10.^a de la definitiva Ley de Bases al incorporarse al Proyecto en trámite de Comisión Mixta la actual Base 4.^a (*vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1889, n.º 107, de 1 de mayo, p. 3027).

²⁴³ La Base en cuestión fue aprobada en el Congreso en la sesión de 9 de abril de 1888 (*vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1888, n.º 88, pp. 2336-2337). La única modificación introducida con respecto al texto remitido por el Senado es la sustitución de la locución «derecho de Castilla» por la de «derecho patrio», que se debe a la primera Comisión dictaminadora del Congreso (*vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1885, apéndice 2.º al n.º 66, de 6 de junio de 1885).

²⁴⁴ *Vid.* por lo que se refiere a dicha Base los Diarios de Sesiones del Congreso de 1889, núms. 76, 77, 81, 82, 88.

²⁴⁵ Lo cual no es de extrañar, puesto que no sólo dicho Título IV, sino los Libros I y II de que se compone ese Proyecto parece que ya desde 1882, aunque de manera oficiosa, se consideraban definitivos (*vid.* Diario de Sesiones del Senado de 1889, n.º 36, p. 514; n.º 39, p. 576; *vid.* también LASSO GAITE, *Crónica...*, tomo 1, vol. 1.º, pp. 417-418).

sumisión con que ha sido acogida en nuestra doctrina y jurisprudencia —sobre todo como explicación de la naturaleza de los derechos de autor y de las normas a ellos aplicables—²⁴⁶.

No había en la sistemática del Proyecto de 1851 ningún epígrafe dedicado a lo que más tarde serían esas «propiedades especiales». Ahora bien, si se refería éste en distintos lugares a los bienes que componían los *objetos* de los que más tarde se predicarían las propiedades especiales: *aguas, minas y producciones del ingenio*. Así, en el capítulo rubricado «De los bienes considerados según las personas a quienes pertenecen» se refiere a las *aguas* en el art. 386,3.º, que remite a la Sección «De las servidumbres de aguas»; y en el art. 389,3.º, a «la propiedad y el uso de las *minas*», las cuales «se gobiernan por leyes y reglamentos especiales»²⁴⁷; y, por fin —como ya tuvimos ocasión de ver al ocuparnos de la Ley sobre propiedad literaria de 1847—, dentro del capítulo «De la propiedad en general», contenía el Proyecto un precepto, el art. 393, referido a «las *producciones del talento o del ingenio*», remitiendo para su regulación a «leyes especiales»²⁴⁸.

La dispersión de las normas referidas a tales materias apunta ya a que, para el legislador de 1851 muy poco de común debía de haber entre ellas. Lo único que constatamos es que, para algunos de estos objetos —minas y obras del ingenio—, se remite ya en este momento a una «legislación especial», que, suponemos, será la Ley de minas de 11 de abril de 1849²⁴⁹ y la Ley sobre propiedad literaria de 10 de junio de 1847, que eran las vigentes en estas materias en la época del Proyecto de 1851²⁵⁰. Esas disposiciones arrancan del período inmediatamente posterior a la se-

²⁴⁶ «... la doctrina... Lo recibe [el concepto de “propiedades especiales”] como un tópico que no es preciso razonar, pero ha de respetarse» (BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho industrial*, cit., p. 407).

²⁴⁷ Concuera con este precepto el art. 394 del Proyecto, que establecía que «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella... con sujeción a lo dispuesto en la legislación especial de Minas y en los reglamentos de policía».

²⁴⁸ En el estudio que dedicábamos a la Ley sobre propiedad literaria de 1847, señalábamos que la incorporación al Proyecto de 1851 de la referencia a las «producciones del ingenio» se debe a lo anteriormente dispuesto en la Base 25 de las Bases aprobadas por la Comisión General de Codificación y elevadas al Gobierno el 7 de marzo de 1844. *Vid. supra* nuestro epígrafe «Contexto y proceso de elaboración de la Ley de 1847».

²⁴⁹ «Ley dictando disposiciones sobre el ramo de minas» (*vid. Colección de Decretos*, 1.º trimestre de 1849, Decreto n.º 219, Ministerio de Comercio, Instrucción y Obras públicas).

²⁵⁰ También existían ya entonces manifestaciones de una legislación especial en materia de aguas; así, la «Ley de aguas de riego», de 24 de junio de 1849, precedente de algunos de los preceptos sobre servidumbres de aguas del Proyecto de 1851. A ella se refiere GARCÍA GOYENA en sus *Concordancias...*, en el comentario general a la Sección *De las servidumbres de aguas* (*vid. p. 253*).

gunda época desamortizadora en nuestro país (1835-1841), lo cual significa que, desaparecidos, al menos sobre el papel, los últimos resabios de instituciones feudales, de «regalismo» —en expresión peyorativa de la época—, había sido necesario pronunciarse sobre el destino de esos objetos hasta entonces no susceptibles de libre apropiación por los particulares, sino administrados por un sistema de privilegios²⁵¹ y concesiones emanadas del poder real²⁵².

Ante estos nuevos objetos, se plantean siempre a la concepción liberal de quienes a partir de ahora hacen las leyes dos posibilidades extremas²⁵³: bien declarar la absoluta libertad de todos y cada uno para el aprovechamiento de dichos bienes —lo cual nunca se hará, porque hablamos de concepción liberal, no libertaria—, bien reconocerlos de manera absoluta y sin ningún tipo de cortapisas de la exclusiva propiedad de un único sujeto y, aunque siempre hay partidarios de esta última solución, se la acaba descartando por considerar que por esta vía se ponen en peligro otros principios del ideario liberal, como son la libertad y el fomento del progreso y de la cultura nacional²⁵⁴.

Se opta entonces en todos los casos por una solución intermedia²⁵⁵ que es la de, reconociendo el derecho exclusivo de deter-

²⁵¹ De manera significativa del tránsito de una a otra concepción, la disposición sobre obras literarias inmediatamente anterior a la Ley de 1847, el Reglamento de Imprentas de 4 de enero de 1834*, habla simultáneamente «De la propiedad y privilegios de los autores y traductores» (Título IV).

* Nos referíamos a tal disposición en el epígrafe consagrado *supra* a los «Precedentes legislativos» de la Ley de propiedad literaria de 10 de junio de 1847.

²⁵² Veáanse los Títulos 15, 16 y 17 del Libro VIII de la «Novísima Recopilación», a los que ya nos referimos *supra* en el epígrafe «LA ETAPA DE LOS PRIVILEGIOS». Veáanse también los Títulos 18, 19 y 20 del Libro IX de la misma, reguladores de las «minas». Las «aguas», que tanta importancia legislativa adquieren después, no aparecen, en cambio, como objeto especial en las normas sistematizadas en los títulos y libros de la «Novísima Recopilación».

²⁵³ Sobre esa misma disyuntiva para el legislador francés cuando se vio en idéntica tesitura, *vid.* SAGNAC, Philippe, *La législation civile de la Révolution Française* cit., pp. 193-195; el propio autor señala que no fue éste de la legislación especial sobre dichos objetos un fenómeno exclusivo de Francia.

²⁵⁴ *Vid.* p. ej. en los extractos de la discusión parlamentaria de nuestras Leyes sobre propiedad intelectual de 1847 y 1879 que hemos ido transcribiendo a lo largo de nuestra exposición cómo se rechaza la pretendida perpetuidad del derecho en aras de la cultura y del progreso colectivos.

²⁵⁵ Así, para los principales comentaristas de la legislación sobre propiedad intelectual, adopta ésta un sistema intermedio entre la negación del derecho privativo de un único sujeto y su absoluta equiparación a la propiedad ordinaria: «... tratándose de una institución nueva y no habiendo principios fijos de que se dedujera un criterio seguro para resolver la cuestión, era natural que se aceptara una de esas soluciones intermedias...» (AZCÁRATE, op. cit., tomo II, pp. 324-325); «La cuestión está, pues, decidida en contra del privilegio y en favor de la propiedad... Siendo esto así ¿por qué se limita esta propiedad? ¿Por qué no se hace perpetua? Responderemos a esto que no porque tenga señalado un límite han podido los legisladores desconocer o menoscabar el derecho. La ley ha preferido... declarar al autor dueño exclusivo del derecho de reproducción por tiempo más o menos largo...» (GUTIÉRREZ, op. cit., p. 498);

minados sujetos sobre dichos bienes —normalmente, el autor de una obra del intelecto, el propietario del suelo en el caso de las minas o del predio del que manan en el de las aguas—²⁵⁶, someter la adquisición, ejercicio y goce de tales derechos a las condiciones que, al efecto, señala el Estado. Precisamente para marcar distancias con el Antiguo Régimen, estas disposiciones de inspiración liberal designan como «propiedad» a los derechos que ahora se reconocen a los particulares sobre estos bienes, si bien —ya lo señalamos al principio de estas páginas al referirnos al cambio de óptica de la Ley de propiedad intelectual de 1879 respecto a la de propiedad literaria de 1847— sin ningún tipo de pretensiones técnicas ni haciendo cuestión de principio sobre su naturaleza jurídica de derecho de propiedad²⁵⁷.

Al estudiar la Ley sobre propiedad literaria de 1847, ya vimos las reticencias con que algunos de los juristas que intervinieron en su confección se expresaron en relación a la designación de esta materia como «propiedad». Así, el propio García Goyena, miembro de la Comisión que dictaminó el Proyecto de Ley en el Senado, se refiere a «las diferencias especiales entre una y otra propiedad (la ordinaria y la literaria)...la inteligencia es una necesidad de la sociedad y un patrimonio del género humano; ¿y cómo podría tolerarse que lo que forma parte de esa necesidad y de ese patrimonio estuviera al arbitrio de un simple particular que pudiera usar y abusar de ella, porque el *dominio de la propiedad lleva consigo hasta el derecho de abusar?*»²⁵⁸.

En cuanto a las aguas, nos dice también García Goyena, esta vez al comentar en sus «*Concordancias...*» los preceptos del Proyecto de 1851 relativos a ellas: «La [propiedad] de las aguas es

«Claro es, por tanto, que el tercero de los sistemas aludidos, consistente en reconocer ese derecho al autor, pero sólo de un modo limitado y temporal, no es suscrito por nuestro humilde parecer...» (SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit. [en Bibl.], p. 319). Sobre la adopción de la solución intermedia también en materia de minas, *vid.* AZCÁRATE, op. cit., tomo III, p. 211. En materia de aguas, se constata, en cambio, que ha sido siempre más difícil adoptar una solución general y de principio, sea ésta cual fuere, dados las múltiples tipos de aprovechamientos posibles de las mismas (*vid.* AZCÁRATE, *id.* obra y tomo, pp. 219 y ss.).

²⁵⁶ Aunque, por lo que hace a las «aguas», su propiedad corresponde, con carácter general, al Estado (art. 386,3.º Proyecto de 1851), se admite en alguna medida su apropiación por particulares (*vid.* los arts. 488 y 489 del Proyecto de 1851).

²⁵⁷ *Vid.* el Discurso de presentación de la Ley de 1847 al Senado y los demás fragmentos de su discusión parlamentaria que transcribimos en la sede correspondiente; allí se pone de relieve que no se insistió entonces demasiado —a diferencia de lo que ocurrirá al discutirse la Ley de 1879— en la posible contradicción que supone, de una parte, proclamar el derecho de propiedad sobre las obras del ingenio y, de otra, reconocerlo sólo por tiempo limitado.

²⁵⁸ *Vid.* la intervención de GARCÍA GOYENA durante la discusión del Proyecto de Ley sobre la propiedad literaria en el Diario de Sesiones del Senado de 1847, n.º 23, de 10 de marzo.

La cursiva en texto es mía.

de una índole especialísima... No es, pues, de extrañar que su propiedad (sea cual se quiera el propietario) quede sujeta a restricciones en lo que se dice a relación con aquellos grandes objetos... El derecho de propiedad privada cede aquí ante la utilidad pública... la propiedad en general: la de las aguas tiene muchos más puntos de contacto con la utilidad pública»²⁵⁹.

Así y a los efectos que a nosotros interesan, con la consolidación del Estado liberal en España en la primera mitad del siglo XIX, se introduce una regulación especial que tiene por fin primordial incorporar al Derecho privado determinados objetos, sin que, más allá de dicha finalidad de declarar su capacidad para ser objeto de relaciones privadas, exista preocupación por determinar taxativamente cuál sea la naturaleza de dichas relaciones y, mucho menos, sin que a alguien se le ocurra —dada su heterogeneidad— la posibilidad de establecer algún tipo de asociación entre ellos, integrándolos en una misma categoría.

2.2. LAS «PROPIEDADES ESPECIALES» EN EL CÓDIGO CIVIL

Como es bien sabido, el Proyecto de 1851 no estaba llamado a convertirse en Código civil vigente, tanto por causas intrínsecas del propio proceso codificador —la resistencia a la unidad legislativa²⁶⁰ propugnada por la Constitución de 1845 (*vid.* su art. 4.º)—, como de la situación general del país —inestabilidad y tendencias políticas encontradas de los gobiernos que se suceden; en 1854, el gobierno progresista que accede al poder suprime la Comisión General de Codificación—²⁶¹.

Se abre entonces un período en el que, si bien no se abandona totalmente el propósito de llegar algún día al Código único, se descarta como irrealizable a corto y medio plazo²⁶². Entramos así

²⁵⁹ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974 (reimpresión de la edición de Madrid de 1852), com. al art. 489, pp. 256-257.

²⁶⁰ *Vid.* DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Madrid, 1984 (reedición en facsímil de la de 1949), p. 192; LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* I, vol. 1.º, p. 74. La explicación ya tradicional de que la «oposición de los foralistas» constituye «el mayor enemigo que ha de tener la codificación» (DE CASTRO, *loc. cit.*) está siendo, no obstante, en nuestros días objeto de revisión; como mínimo, se intenta situar en sus justos términos el papel, no menos importante, desempeñado por la Iglesia católica en su rechazo del Proyecto de 1851, en cuanto a la regulación del matrimonio (*vid.* ESPIAU ESPIAU, Santiago, «La introducción de la costumbre en el Título Preliminar del Código civil», en *Centenario del Código civil*, Madrid, 1990, tomo I, pp. 761-823).

²⁶¹ LASSO GAITE, *op. cit.*, tomo 4, vol. 1.º, p. 291.

²⁶² «La Comisión [que elabora la Ley hipotecaria de 1861]... tiene, sin embargo, la profunda convicción de que si se acepta el proyecto será un gran progreso en nuestras instituciones civiles, precursor de otros que, dando unidad a nuestro Derecho

en la etapa llamada «de las leyes especiales.» Hablamos ahora de «leyes especiales» en sentido técnico, como recurso específico de técnica legislativa que persigue alcanzar «una codificación sin Código»²⁶³. Y es así, «codificando parcialmente»²⁶⁴, como se arbitra la espera del futuro Código único²⁶⁵.

Dichas leyes estaban destinadas a proyectarse, de una parte, sobre «materias de notoria conveniencia»²⁶⁶, materias cuya regulación «por de más urgencia no puede dilatarse sin inconvenientes gravísimos»²⁶⁷; de otra, sobre materias «que no ofrezcan graves obstáculos para su aplicación general» o, en otras palabras, «materias en que no existía una patente fricción con los particularismos forales»²⁶⁸. Serían un ejemplo del primer tipo de leyes la Ley Hipotecaria de 1861 y la de Registro civil de 17 de junio de 1870. Y entre esas otras leyes especiales que se ocupan, salta a la vista, de materias poco conflictivas estarían²⁶⁹ la Ley de Aguas²⁷⁰, la Ley de Minas²⁷¹ y la de propiedad intelectual²⁷².

en todas las divisiones territoriales, aproximen la época en que llegue a ser una verdad el principio escrito en la Constitución de que un solo Código civil rija en toda la Monarquía» (vid. la «Exposición de la Comisión de Códigos sobre los motivos y fundamentos de la Ley Hipotecaria» de 8 de febrero de 1861, Madrid, 6 de junio de 1860).

²⁶³ Vid. BADOSA COLL, Fernando, *Memoria de Derecho civil*, Barcelona, 1978 (inédita), p. 195.

²⁶⁴ «Yo creo que el sistema que debe seguirse en España es el de la codificación parcial, el sistema que se ha seguido en parte al formar una ley de aguas, al formar la ley hipotecaria, y creo que podían armonizarse las legislaciones existentes en diversas provincias para llegar a la unidad legislativa...» (vid. Diario de Sesiones del Congreso de 1878, n.º 19, de 14 de marzo, p. 387, donde Danvila Collado aboga por la regulación del recurso de casación en España, sin esperar al Código civil).

²⁶⁵ «Creo que lo único que podemos hacer es preparar el Código civil, disponiendo poco a poco los hábitos para eso, presentando leyes especiales que se vayan encaminando a ese fin, y así llegará el día en que sin pensarlo tendremos esa unidad civil que hoy no podemos obtener sin grandes dificultades» (Intervención de GÓMEZ DE LA SERNA durante la discusión del art. 5.º de la *non nata* Constitución de 1856, que, al igual que la de 1845, propugnaba también la unidad de Códigos. Vid. Diario de Sesiones del Congreso de 1855, n.º 239, de 8 de noviembre, p. 8014).

²⁶⁶ Vid. Real orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 12 de junio de 1851 que acuerda aplazar la promulgación del Proyecto de Código civil de 1851.

²⁶⁷ Vid. Real Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 8 de agosto de 1855 encargando a la Comisión de procedimientos la elaboración con preferencia de un proyecto de ley de hipotecas.

²⁶⁸ Vid. D'ORS, Alvaro y BONET CORREA, José, «En el centenario del proyecto isabelino de Código civil», en *Información Jurídica*, 1951, n.º 96, p. 483; LASSO GAITE, *Crónica...*, 4, 1, p. 314.

²⁶⁹ Hay otras leyes especiales pertenecientes asimismo a la segunda categoría indicada, como la Ley de Caza de 10 de enero de 1879 y la Ley de propiedad industrial de 30 de julio de 1878, pero son las que cito en el texto las que se mencionarán nominalmente en los posteriores proyectos de Ley de Bases y las que tendrán una sección específica en la sistemática del futuro Código civil.

²⁷⁰ Ley de Aguas de 13 de junio de 1879. En su elaboración tuvo un papel destacado el propio artífice de la Ley de propiedad intelectual, Manuel Danvila Collado: «Es tanto el cariño que profeso a la ley de aguas y a algunas leyes especiales,

Con todo, esta última, si bien por la época de su promulgación puede ser considerada como una más de las «leyes especiales» (es decir, como un ejercicio más de ese singular recurso de técnica legislativa), se aparta de ellas en cuanto su existencia como ley independiente del Código no se explica sólo en función de esta particular tesitura del proceso codificador. Si se piensa que ya en 1844 la primera Comisión General de Codificación, al elaborar las Bases del futuro Código civil (el Proyecto de 1851), había previsto que «La propiedad artística e industrial se regirá por leyes especiales»²⁷³, se pone de relieve que, más que una ley *precódigo*, promulgada, como las demás, a la espera o en defecto de un código civil, la Ley de propiedad intelectual es una ley *extracódigo*, es decir, una ley que, regulando materia civil²⁷⁴, estaba destinada desde sus orígenes a existir fuera del código civil.

Sin embargo, en las fases sucesivas de la Codificación va a prescindirse de estas distinciones: se aprovecha, sin más, la existencia de las «leyes especiales».

Al siguiente estadio del proceso codificador, en que, si bien con interrupciones, se avanza ya irreversiblemente hacia el Código civil²⁷⁵, ya nos hemos referido en nuestro anterior epígrafe, para situar en él la aparición de la categoría de las «propiedades especiales»: el Proyecto de Ley de Bases de 1881 y el Proyecto de Libros I y II de 1882. Precisamente esas leyes que acabamos de mencionar, que nada tienen en común desde el punto de vista sustantivo y que, incluso desde el punto de vista legislativo, res-

sin duda, porque he tenido intervención al elaborarlas, que me duele lo que ha hecho el Código con esas propiedades especiales» (así durante la discusión del Código civil. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1889, n.º 82, de 30 de marzo, p. 2194).

²⁷¹ Decreto refundiendo la Ley de Minas de 24 de junio de 1868.

²⁷² Ley de propiedad intelectual de 10 de enero de 1879.

²⁷³ Se transcribe la Base 25 de las Bases del Código civil aprobadas por la primera Comisión General de Codificación y elevadas al Gobierno el 7 de marzo de 1844. Ya nos habíamos referido a dicha Base y a su influencia, tanto en la promulgación de la Ley de propiedad literaria de 1847 (*vid. supra* el epígrafe «Contexto y proceso de elaboración de la Ley de 1847»), como en la referencia del art. 393 del Proyecto de 1851 a «Las producciones del ingenio» (*id.* epígrafe citado).

²⁷⁴ A la vez, es indudable que, también desde los inicios de la Codificación en España, había considerado el legislador español que la materia regulada en las leyes de propiedad intelectual es materia civil, como lo prueba el hecho de que la primera Comisión General de Codificación, al elaborar las citadas Bases de 1844, hubiera considerado conveniente pronunciarse sobre el destino de la «propiedad artística e industrial».

Sobre la incorporación al Derecho privado del objeto regulado en las leyes de propiedad intelectual, *vid. supra* nuestro epígrafe LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO SOBRE LA OBRA DEL INGENIO COMO DERECHO DE PROPIEDAD.

²⁷⁵ Contribuyó a ello la mayor flexibilidad del nuevo marco constitucional. *Vid.* el art. 75 de la Constitución de 1876: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, *sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes*».*

* La cursiva es mía.

ponden a razones bien diversas, son contempladas formando un *totum revolutum* en la Base 9.^a del Proyecto de 1881, analizada en nuestro anterior epígrafe: «Quedarán en vigor la Ley hipotecaria, la del Registro civil, la de minas, la de aguas y cualesquiera otras especiales que contengan disposiciones de carácter civil...» Y, siguiendo el mandato de la segunda parte de la Base —«llevar al Código civil los preceptos sustantivos que haya en ellas»—²⁷⁶, el Proyecto de 1882 contempla como «propiedades especiales» a las materias propias de ese segundo grupo de leyes especiales.

Promulgado el Código civil, éste tenía que pronunciarse sobre la suerte de dichas leyes y lo hará siguiendo las pautas trazadas en 1881-82. Sin perjuicio de cuanto a continuación vamos a poner de relieve, a nadie se oculta que los hilos de la Codificación los mueven los grandes temas, o incluso, el gran tema: la coexistencia entre el Derecho de Castilla, llamado a convertirse en el de aplicación general, y los de los territorios del Estado con tradición jurídica propia, los denominados entonces «Derechos forales»²⁷⁷. Y, por ello, hemos de empezar señalando que el móvil principal del codificador al decidir el destino de las leyes especiales y, por ende, el de las materias en ellas reguladas es ante todo de índole política: se aprovecha su existencia —declarando que seguirán en vigor una vez promulgado el Código civil—²⁷⁸ para, al menos en esas parcelas que ya han sido objeto de una ley especial, no tener que seguir luchando por la unidad legislativa²⁷⁹.

²⁷⁶ Parece que fue el vocal de la Comisión General de Codificación Benito GUTIÉRREZ, quien sugirió dicho modo de proceder con relación a las leyes especiales: «Como cuestiones preliminares, se acordó en la sesión siguiente —21 de marzo, acta 2— traer al Código las leyes especiales... Gutiérrez se inclinaba a traer también la Ley hipotecaria, sobrada de preceptos reglamentarios, y las demás, sólo en los principios fundamentales» (transcrito en LASSO GAITE, *Crónica...*, 4,I, p. 383).

²⁷⁷ Hasta que con la reforma del Título Preliminar del Código civil en 1974 adquiere carta de naturaleza la expresión «derechos especiales» (arts. 14,1 y 2; 15 C.c.; *vid.* también la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil).

²⁷⁸ «... dice el Sr. Ministro respecto a la segunda [Base 2.^a, que en el Proyecto de Bases de 1881 era la que se refería a las leyes especiales] que su intención en ella ha sido la de que no se entienda de modo alguno que con la publicación del Código civil dejarían de tener fuerza las leyes que cita, pues habiendo esas leyes unificado en muchos puntos el Derecho común y civil, se perdería el terreno ganado si se las reputare caducadas y por eso ha hecho la expresa declaración de que conservan todo su vigor» (*vid.* en LASSO GAITE, *Crónica...* cit., 4,I, p. 388, la transcripción de las discusiones en torno al Proyecto de Ley de Bases de 1881, en el seno de la Sección civil de la Comisión General de Codificación).

²⁷⁹ «Esta Comisión, en consonancia con las bases, no ha hecho más que traer los conceptos fundamentales de estas *propiedades especiales**, y ha dejado en todo lo demás íntegro, intacto, para que rija tal como existe, lo mismo en las provincias aforadas que en los territorios de derecho común, el conjunto de disposiciones que constituyen estas *legislaciones especiales*». * (*vid.* la intervención de ALDECOA, de la Comisión dictaminadora del Senado, durante la discusión en dicha Cámara de la

En base a tal razón política, queda sobradamente explicada la subsistencia de esas leyes de Aguas, Minas y propiedad intelectual a la entrada en vigor del Código civil. Pero ¿por qué, además, incorporar las materias de dichas leyes al propio Código y conferirles el rango —y las normas (*vid.* el art. 429 del Cc, para la propiedad intelectual)— del derecho de propiedad, si bien con la nota de especialidad? Llegados a este punto, han de traerse ya a colación otro tipo de razones, de política legislativa y también, aunque sólo en último término, de carácter estrictamente jurídico.

El legislador de fines de los años 70 —que como hemos visto, fueron los de promulgación de las leyes especiales de Aguas y propiedad intelectual— y 80 —que son los de la recta final hacia el Código—, a diferencia del de la primera mitad del siglo XIX, desea consagrar el carácter de propiedad de tales derechos. Habíamos visto la resistencia del Proyecto de 1851 a contemplar los derechos sobre esos objetos recién incorporados al tráfico como verdadero derecho de propiedad²⁸⁰. La noción del derecho de propiedad que se lleva al Proyecto de 1851²⁸¹ es la correspondiente a un liberalismo exacerbado de primera época²⁸²⁻²⁸³, para el cual las nociones de propiedad y utilidad pública son en cierto modo incompatibles.

Si en la concepción entonces imperante la propiedad es un «derecho sagrado»²⁸⁴, intangible, que «lleva consigo hasta el de-

adecuación del Código ya publicado a las Bases. Diario de Sesiones del Senado de 1889, núms. 32 a 57, de 29 de enero a 28 de febrero; *vid.* también extractos de dicha discusión en la R.G.L.J. 1890, tomo 76, p. 455).

* La cursiva es mía.

²⁸⁰ *Vid.* en el epígrafe anterior (2.1.) las referencias a la ubicación de tales objetos en la sistemática del Proyecto, así como los comentarios al respecto en las *Concordancias...* de GARCÍA GOYENA. Con relación al único de tales objetos —las producciones del talento o del ingenio— que es contemplado bajo la rúbrica «De la propiedad en general», nos dice GARCÍA GOYENA con escasa convicción: «... aquí [en el Proyecto] no se hizo ni podía hacerse mas que reconocerles [a los autores], aunque de paso, el derecho de propiedad» (*vid. Concordancias...* cit., com. art. 393, p. 208).

²⁸¹ *Vid.* GARCÍA GOYENA, *Concordancias...* cit., comentario al art. 391 del Proyecto de 1851: «La definición del artículo corresponde al dominio pleno o propiedad no modificada, es decir, al derecho de gozar y de disponer libre y totalmente de la cosa.»

²⁸² Aun a riesgo de parecer mecanicistas, podríamos considerar que a esa época de liberalismo exaltado e individualista, que, salvando todas las distancias, se correspondería con el período 1789-1793 en Francia (SAGNAC op. cit., pp. 55; 36), sucederá también entre nosotros una fase estatista y de utilidad social (SAGNAC op. cit., p. 33).

²⁸³ «Es, sustancialmente, la misma fórmula que un siglo antes se presentaba como revolucionaria, repensada ahora en un contexto económico y social cambiado, en sentido conservador» (*vid.* LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, Madrid, 1988, III, vol. 1.º, 2.ª parte, p. 15).

²⁸⁴ *Vid.* la Exposición de Motivos del Proyecto de Código civil español de 1836: «El sagrado derecho de propiedad, objeto principal del Libro II y el vínculo más firme de la sociedad...»; *vid.* también su art. 621: «Propiedad es el derecho que uno tiene

recho de abusar»²⁸⁵, toda limitación de dicho derecho, toda inmisión en la esfera de intereses del propietario, aun la encaminada a cohonestarlos con el interés común, se consideraba que revestía carácter anómalo²⁸⁶ o, cuando menos, que era ajena a los perfiles, al marco institucional del derecho de propiedad.

Y si el Código civil, por inspiración francesa, es el cuerpo legal destinado a recoger el Derecho privado común²⁸⁷, necesariamente habían de quedar excluidas de él —del Proyecto de 1851 en este caso— esos derechos o «propiedades» intervenidas (art. 17 del Proyecto: «Las disposiciones de este Código sólo son aplicables a los asuntos que se rijan por las leyes de comercio, minas y otras especiales»²⁸⁸, en cuanto no se opongan a estas leyes»; art. 390, *a sensu contrario*: «Las cosas que “no” son propiedad de los particulares... “no” se rigen por las disposiciones de este Código.») No obstante todo lo cual, no hubo —como ya se vio²⁸⁹— inconveniente en aquel entonces en designar como «propiedad» los derechos sobre esos nuevos objetos, utilizándose el término sólo por su valor expresivo y en sentido enfático, con la sola intención de marcar la ruptura respecto a la anterior etapa «regalista»²⁹⁰.

Si en la primera mitad del siglo XIX se ensayan los conceptos y, como se ha dicho, «en la segunda mitad, y más concretamente en la época llamada de la Restauración, se reelaboran los conceptos y se llega a las soluciones de compromiso que la prudencia política dicta...»²⁹¹, es también ése el período en que, como hemos visto, queda configurada y asentada la categoría de las llamadas «propiedades especiales», categoría que en sí misma constituye toda una muestra de ese espíritu de compromiso, del pragmatismo

en sus cosas para disponer de ellas a su arbitrio, con tal que no haga un uso prohibido por las leyes o pactos. Este derecho se llama también dominio.»

²⁸⁵ Son palabras de GARCÍA GOYENA. *Vid.* su intervención en el Senado al discutirse la Ley de propiedad literaria de 1847 (citada en nuestra página 149).

²⁸⁶ «Las palabras “sin más” que utiliza dicho artículo obedece a un criterio restrictivo, que responde a un signo de individualismo inorgánico, superado ya. Parte de la idea de que el dominio es algo naturalmente absoluto, ilimitado y libre, considerando que toda limitación que le sea impuesta tiene un carácter insólito, anómalo o excepcional» (ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1948, tomo II, p. 370; se refiere el autor al art. 348 del actual Código civil, que coincide a este respecto con el art. 391 del Proyecto).

²⁸⁷ *Vid.* BADOSA COLL, Fernando, *Memoria...* cit., pp. 55; 56.

²⁸⁸ Obsérvese que el precepto designa con un mismo término —«especiales»— tanto a los ordenamientos distintos del civil —«leyes de comercio»— como a esas leyes relativas a materias particulares —v. gr., «minas»— pero que forman o acabarán formando parte del Derecho civil. Sobre las distintas acepciones de la expresión «especialidad» en Derecho español, *vid.* BADOSA COLL, *Memoria...*, cit., pp. 78 y ss.

²⁸⁹ *Vid.* nuestras pp. 148 y ss.

²⁹⁰ *Vid.* nuestro anterior epígrafe.

²⁹¹ G. QUIJANO, «Consideraciones sobre el concepto de las llamadas propiedades especiales» cit., p. 467.

y el eclecticismo ²⁹² que ha pasado a la Historia como *modus operandi* de la Restauración.

Ese mismo estilo se aplica al esfuerzo codificador: «No es nuestro ánimo reformar instituciones... y deliberadamente renunciamos a utilizar esta ocasión, que a algunos parecerá propicia para recoger los trabajos y proyectos más recientes del extranjero, ensayando entre nosotros la última palabra de los escritores más acreditados... Entendemos que hay en España mayor urgencia en regularizar lo ya reformado... que en perseguir mayores y más peregrinas conquistas; y para lograr estos fines... lo verdaderamente práctico es tomar la obra en el punto en que la encontramos...» ²⁹³

Por ese afán de conservar instituciones y de ahondar en lo ya conocido, se explica que la noción de propiedad que se lleva al Código sea, de acuerdo con sus precedentes, la «tradicional» ²⁹⁴, marcadamente individualista, de los inicios de la Codificación. Ahora bien, debido a lo dilatado del proceso codificador en España, esa noción que queda cristalizada en el Código —en el art. 348, que, al igual que el 621 del Proyecto de 1836 y el 391 del de 1851, define el «dominio» o propiedad ilimitada— ²⁹⁵, no coincide ya enteramente con la del propio momento de su promulgación ²⁹⁶.

²⁹² Sobre el eclecticismo como ideología, o, mejor, actitud, imperante, tanto en el período isabelino como durante la Restauración, *vid.* UBIETO, Antonio, REGLÁ, Juan, JOVER, José M.ª, *Introducción a la Historia de España*, Barcelona, 1963 (1.ª ed.), pp. 551; 554; 591.

²⁹³ Discurso de Francisco Silvela, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia, presentando al Senado el Proyecto de Ley de Bases de 1885 (Diario de Sesiones del Senado de 1885, apéndice al n.º 54, de 12 de enero).

²⁹⁴ «Respecto de la propiedad, el concepto que desarrolla [el Código] en consonancia con la base 10 y en consonancia con nuestro derecho tradicional, es un concepto esencialmente individualista...» (*vid.* la intervención de ALDECOA, de la Comisión dictaminadora del Senado, durante la discusión en dicha Cámara de la adecuación del Código ya publicado a las Bases. Diario de Sesiones del Senado de 1889, núms. 32 a 57, de 29 de enero a 28 de febrero; *vid.* también extractos de dicha discusión en la R.G.L.J. 1890, tomo 76, p. 455).

²⁹⁵ «En la práctica el uso de los doctos da perfecta equivalencia a los términos “derecho de propiedad” y “derecho de dominio”, y como la propiedad “plena” es el concepto tipo de la propiedad, por eso, aun sin determinar con el adjetivo su contenido, se toma como equivalente del dominio en la técnica usual del Derecho» (así ESCRIBANO, Teófilo, «La propiedad y el artículo 348 del Código civil español», en *Revista de Derecho Privado*, 1916, pp. 64-70; *vid.* p. 65).

²⁹⁶ *Vid.* en COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988, los epígrafes «La distancia que media entre el concepto de propiedad del artículo 348 del CC, y la literatura jurídica española de principios de siglo [s. XX]», pp. 163 y ss., y «La asunción por el Estado de la tutela de intereses sociales relativos al derecho de propiedad, por medio de la titularidad de derechos de tanteo y retracto», pp. 174 y ss.

Nuevos vientos soplan ya entonces, no sólo en contra de la concepción individualista de la propiedad²⁹⁷, sino incluso de la entera «fortaleza» del Derecho civil tradicional²⁹⁸. A fines del siglo XIX, lo «propio» y lo «común» han dejado de ser términos necesariamente antagónicos. Aunque quizá sea un tanto prematuro hablar en este momento de un «concepto social» de la propiedad²⁹⁹ —no obstante, la expresión ya se emplea—³⁰⁰, sí es cierto que se apela a la intervención del Estado como necesaria en aras de la conveniencia colectiva y que se acepta con menos dificultades la idea de una propiedad privada limitada e intervenida (*vid. art. 350 Cc.*).

²⁹⁷ Así, ya en 1883 Gumersindo de AZCÁRATE se manifestaba en contra de dicha concepción: «... en los tiempos modernos se ha olvidado el “moderator” de la definición romana [se refiere a la del Codex Ley 21, título 35, libro 4.º] y el “Según Dios” de la de las Partidas [Ley 1, título 28, Partida 3.ª] y se ha interpretado torcidamente el *ius abutendi*, traduciéndolo por abusar, “mésuser”, etc. Así se ha llegado a proclamar como los dos atributos del derecho de propiedad: el ser absoluto y el ser exclusivo. En virtud de lo primero, confiere al dueño sobre su cosa “un poder soberano, un despotismo completo” y puede, como dicen los juristas ingleses, quemarla, destruirla y arruinarla... lo que no cabe sostener es que los Códigos y los tratadistas puedan proclamar ese despotismo individualista que no se detiene ni ante la destrucción caprichosa del objeto apropiado, estimando el abuso como un derecho, cuando debían considerarlo como un mal uso de éste» (op. cit., III, p. 28).

²⁹⁸ «Nuestro actual derecho civil, que es en su mayor parte todavía el derecho antiguo, consiste en un sistema de fuerzas protectoras de la propiedad... Pero, como se dijo antes, las concepciones van cambiando y con ellas, poco a poco, el orden jurídico... El tradicional derecho civil, vigente todavía en su mayor parte, está amenazado de otras muchas transformaciones. La fortaleza en que se ha encastillado es objeto de muchos asaltos y no será temerario suponer que más pronto o más tarde caerá en poder de los sitiadores...» (DORADO, Pedro, «Hacia un nuevo Derecho civil», en *R.G.L.J.*, 1906, tomo 108, pp. 497 y ss.).

²⁹⁹ «Las limitaciones que al poder de los fuertes se han opuesto, esas restricciones a la propiedad a que nos hemos referido antes, no han sido debidas al reconocimiento de un derecho en los débiles, quienes se imaginaba que ningún derecho tenían por carecer de fuerza para pedir, sino a las necesidades de la convivencia, las cuales reclamaban que unos poderosos cedieran algo en sus derechos y pretensiones en favor de otros poderosos y propietarios...» (*vid. DORADO, loc. cit.*, p. 513).

³⁰⁰ Así, Manuel DANVILA COLLADO (artífice de la Ley de propiedad intelectual y corredactor de la Ley de Aguas) al discutirse en 1889 en el Congreso de los Diputados el Dictamen relativo a la comunicación del Gobierno dando cuenta de la publicación del Código civil; critica dicho Diputado por insuficiente la definición del art. 348 del Código civil: «... la propiedad tiene un sentido más alto, *adquiere un concepto social** que nadie puede desconocer; y no se hubiera perdido gran cosa con que el Código civil hubiera penetrado en ese terreno y hubiera deslindado perfectamente lo que es la propiedad en sí y lo que es el derecho de propiedad, que son cosas muy distintas... porque haciendo esta distinción fundamental, no hubiera dicho en el art. 348, que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitación que la establecida en las leyes; porque *otras disposiciones hay** que no son leyes y que *determinan algunas propiedades especiales**, y valía la pena haber comprendido dentro de esta clasificación la definición de la propiedad...» (*vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 1889, n.º 76, de 22 de marzo, p. 2032.*

* La cursiva es mía.

De todas maneras, una cosa es la existencia ya entonces de dichas corrientes renovadoras y otra diferente es que pueda considerárselas representativas del sentir general a finales del siglo XIX. Una cosa es que las mismas empiecen a desarrollar una labor erosiva que sólo más tarde ³⁰¹ habrá de ser francamente visible y otra que tuvieran en aquel momento fuerza suficiente para trastocar ese «cuerpo prensado y endurecido del Derecho civil tradicional» ³⁰² y, en concreto, la institución que constituye su piedra angular, el derecho de propiedad.

De una parte, se manifiesta permeabilidad hacia esas corrientes en cuanto al reconocimiento de la inviabilidad de la idea absoluta y monócroma del dominio; no hay inconveniente por parte de quienes entonces crean opinión y consiguen convertir ésta en leyes en aceptar la idea de una propiedad modificada en cuanto a sus atributos esenciales, siempre que así lo exija el interés mutuo de los propietarios y el interés común ³⁰³; y multiforme, en función de los posibles objetos de derecho ³⁰⁴. Y, en consecuencia, se reconoce la necesidad de que el Derecho civil asimile como propias esas materias (aguas, minas y propiedad intelectual ³⁰⁵) que, ahora

³⁰¹ COCA PAYERAS sitúa en el primer tercio del siglo XX la consolidación de la corriente social (op. cit., p. 188).

³⁰² DORADO loc. cit., p. 517.

³⁰³ «Pero esas cualidades del dominio [ser absoluto y ser exclusivo], aunque se afirman enérgicamente en principio, luego se modifican, unas veces dentro de los mismos Códigos, otras por leyes especiales. Así, aun cuando se defina el derecho de propiedad atendiendo tan sólo a las que llamaban los romanos *res singulorum*, no por eso deja de haber otras formas de aquél, que en algunos países se consideran como materia propia del derecho administrativo, y a las cuales no cabe aplicar ese “exclusivismo” que se estima como característico del dominio.» (vid. AZCÁRATE, op. cit., tomo III, p. 30).

³⁰⁴ «De la propia suerte, ¿quién duda que la propiedad, aunque varia y múltiple en sus formas y accidentes, sea siempre una en su esencia?... ¿Cuál es la razón de esta diferencia? Por mucho que os afanéis no encontraréis otra que la de las limitaciones que imponen al derecho individual de propiedad la naturaleza de las cosas apropiadas y el derecho del Estado, la ley del progreso humano... se ve también la verdad de mi teoría, la cual consiste en considerar las leyes sobre propiedad literaria y artística como una limitación del derecho de propiedad individual, nacida en parte del carácter social del hombre. En este ramo del derecho triunfa y se sobrepone nuestra naturaleza social al carácter individual de la propiedad. Y tal limitación no es un vano capricho del legislador, no, sino que surge de las entrañas mismas del objeto, de los móviles e intenciones del sujeto, de los deberes de éste y de la naturaleza y destino de ambos» (ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *Estudios sobre Filosofía del Derecho*, Madrid, 1874, pp. 713-717).

³⁰⁵ «Así, la base 10.^a establece que la Comisión ha de entresacar de las leyes de minas, de aguas, de propiedad intelectual, los principios más fundamentales de derecho civil que verdaderamente existen en esas leyes...» (vid. la intervención en el Congreso de López Puigcerver, de la Comisión que entendía de la comunicación del Gobierno dando cuenta de la publicación del Código civil, durante la discusión sobre la adecuación del mismo a la Base 10.^a Diario de Sesiones del Congreso de 1889, n.º 82, de 30 de marzo, p. 2203).

ya sí³⁰⁶, encajan en los contornos que se asignan al derecho de propiedad y que, incluso, contribuyen a configurarlos.

Y, sin embargo, ni se olvida la procedencia de las normas³⁰⁷ que aportan esos nuevos datos, configurando determinados modos de ser de las relaciones privadas³⁰⁸; ni mucho menos se quiere llevar el deseo de tenerlos en cuenta hasta el punto de alterar la propia definición general de la propiedad³⁰⁹, debiendo en consecuencia modificar el Código civil que, como hemos ido viendo, estaba prácticamente hecho desde antes de las últimas fases de su discusión³¹⁰.

³⁰⁶ Compárase con el carácter anómalo que hemos visto que se achacaba a dicha materia en el marco del derecho de propiedad que configuraban el Proyecto de 1851 y sus comentaristas.

³⁰⁷ «Estas omisiones, verdaderamente reparables, nacen de que es muy difícil traer á un Código civil la sustancia y la esencia civil en materias que tienen un carácter mixto de civil y administrativo. Acaso una de las más complejas cuestiones que se presentan siempre en el orden jurídico, cuando existe relación entre los intereses que llamamos generales y los intereses particulares de donde puede nacer el derecho de propiedad, es la determinación de ese derecho, saber dónde puede llegar la Administración, y apreciar cuándo comienza el dominio particular...» (*vid.* la intervención de Danvila Collado en el Congreso durante esa misma discusión de la adecuación del Código ya publicado a la base 10.^a Diario de Sesiones del Congreso de 1889, n.º 76, de 22 de marzo, p. 2033).

³⁰⁸ DORADO (*loc. cit.*, p. 517) las llama *leyes extravagantes**, fórmula bien acertada, puesto que contribuye, tanto a recordar su origen, al que ya nos hemos referido —leyes que surgieron para posibilitar el acceso de los particulares a objetos hasta entonces intervenidos por el poder público, aunque sin emanciparlos totalmente de la tutela de aquél (*vid.* nuestra p. 148)—, como a resaltar su todavía no perfecta integración en el Derecho privado: «Es una legislación de índole civil y privada, aun cuando no se haya incorporado todavía a su gran enemigo el derecho civil tradicional, con el que no puede hacer muy buenas migas. Anda todavía en leyes aisladas, que algunos denominan *leyes extravagantes**... leyes, que regulando relaciones civiles (v. g., la propiedad intelectual, la industrial, etc.), andan sueltas y desperdigadas aún, por constituir algo pegadizo en el cuerpo del derecho civil tradicional, que a consecuencia de llevar no pocos siglos de existencia, se halla como pensado y endurecido, no siendo fácilmente alterables sus definiciones y clasificaciones.»

* En cursiva en el original.

³⁰⁹ «Porque no fue encontrada la definición jurídica que reflejase plenamente la función social de la propiedad quedaron doctrinalmente contrapuestos el interés privado (defendido dentro de los artículos del Código civil como en sus últimos reductos o bastiones jurídicos) y las necesidades públicas (avanzando a través de las leyes especiales como francotiradores que acuden en remedio de urgencia)» (*vid.* G. QUIJANO, *op. cit.*, p. 491).

³¹⁰ Y eso es siempre lo que acaba en definitiva prevaleciendo: «... y después de todo, como procedimiento práctico, ¿sería hoy conveniente que se volviera a redactar el Código para incluir en él las legislaciones especiales*, o conviene más, puesto que quedan vigentes, aplicar el Código tal y como está redactado, dejando aquéllas en vigor, como querían las bases...? Porque, consideren los Sres. Diputados la gravedad que entraña exigir que todas esas legislaciones especiales vinieran a formar parte del Código y que se devolviese éste para que se introdujeran en él. Creo el Congreso que podíamos renunciar desde este momento a tener Código en mucho tiempo, no sólo en muchos años, sino que casi puede decirse en absoluto» (LÓPEZ PUIGSERVER, Diario de Sesiones del Congreso de 1889, n.º 81, de 29 de marzo, p. 2176).

* La cursiva es mía.

Precisamente, el espíritu de compromiso y el eclecticismo de la época a que ya hemos aludido se manifiesta aquí una vez más logrando conciliar esos objetivos encontrados. Y la fórmula que se arbitra no es otra que la de introducir al lado del concepto de «propiedad» la nota de la «especialidad», de donde resulta la invención de la categoría de las «propiedades especiales»³¹¹.

De una parte, se declaran vigentes —en la Base 10— las leyes especiales promulgadas con anterioridad al Código civil³¹², remitiendo a ellas lo relativo a tales materias (arts. 425; 427; 429 Cc.). Pero, sin limitarse a ello, el Código incorpora a su propia sistemática el objeto de dichas leyes (Título IV, del Libro II, que es el «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones»), proclamando así la pertenencia de esas materias al Derecho civil³¹³ y, dentro de éste, al derecho de propiedad, como manifes-

³¹¹ La categoría, ya lo apuntábamos en un principio (*vid.* p. 144), es genuina del Derecho español (*vid.* G. QUIJANO, *op. cit.*, p. 466, nota 1).

Este mismo proceso que describimos de coexistencia de las definiciones absolutas de la propiedad de los respectivos Códigos con una legislación de tipo intervencionista, referida a determinados objetos de utilidad general —aguas, minas, caza, pesca...— se opera también en Francia e Italia, por citar los ámbitos más próximos al nuestro. En Francia, incluso ya durante el propio periodo revolucionario: poco después de que la Declaración de derechos del Hombre y el ciudadano proclamara la propiedad «derecho inviolable y sagrado», establecía el Preámbulo del Decreto sobre la Caza de 28 de abril de 1790: «... il importe à la société que personne n'abuse de sa propriété, surtout lorsque cette propriété est d'une nature qui la rend nécessaire à la conservation de la société elle même...» (*vid.* SAGNAC, *op. cit.*, p. 199). En Italia, durante el tránsito del Código civil de 1865 al de 1941, se constata también la erosión de la noción individualista de la propiedad mediante leyes intervencionistas de una serie de objetos (aguas, bosques, pesca, etc.), pero sin que en ningún momento se hubiese sentido la tentación de convertirlos en una «categoría unitaria» dentro del Derecho privado: «... il vincoli [di diritto pubblico] si esplicano in troppo diverse forme giuridiche, perchè possa tentar utilmente di ricondurli ad unità di struttura...» (MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, Milano, 1952, vol. 2., 1.ª parte, § 79, p. 264; *vid.* también § 78, pp. 231-232) y, mucho menos, la de elevarlos a la categoría del más representativo de los derechos privados: la propiedad.

Como decíamos, lo que hace que la solución adoptada por el Derecho español no sea parangonable a la de ningún otro ordenamiento es, no sólo la inclusión de objetos tan diversos en una única categoría, sino también la aplicación a los mismos de una única fórmula jurídica, que además es la de la propiedad.

³¹² Lo cual, no sólo hace justicia al carácter peculiar de esas propiedades en relación a la regulación que para la institución genérica prevé el Código civil, sino, lo que es más importante, coincide plenamente con metas más generales y fundamentales del proceso codificador, como son la imposición de las leyes especiales a los territorios de Derecho foral (*vid.* nuestras páginas 153 y ss.) y no tener que demorar aún más el momento de la entrada en vigor del Código civil (*vid.* nuestra página 159, nota 310 sobre todo).

³¹³ *Vid.* cómo se proclama en concreto el carácter civil de la materia «propiedad intelectual» y de sus normas en las instancias llamadas a aplicarlas: así, en el Real Decreto de 29 de julio de 1891, por el que el Gobierno declara incompetente al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo para resolver cuestiones relativas al derecho declarado en la Ley de propiedad intelectual: «Que la cuestión deducida ante el Tribunal entraña un derecho de propiedad encomendado por la ley a la competencia

taciones concretas del mismo, cualificadas por la concurrencia de datos diferenciales —perfectamente asumibles por el Código—³¹⁴, que, en algunos aspectos (v. gr., art. 427 C.c.: en cuanto a los «límites del derecho», «formalidades y condiciones para su ejercicio...»; art. 429 C.c.: en cuanto «a las personas a quienes pertenece ese derecho», «la forma de su ejercicio» «y el tiempo de su duración») exigen un tratamiento diferente del que les dispensaría la institución genérica.

Si el objeto de las leyes especiales integra la sistemática del Código civil, es evidente que sus normas forman parte de este último. De manera que puede decirse de ellas que «si como leyes son independientes, como normas son Código civil»³¹⁵: las leyes especiales regulan una materia que el Código civil reconoce como suya con una normativa que también asume como suya. Entre Código civil y ley especial hay una total continuidad jurídica, dentro de la cual la segunda se erige en cuerpo legal separado —aparte de por las razones políticas, de política legislativa y dogmáticas que hemos ido exponiendo— por una simple razón fáctica: la extensión de la regulación que ha de dedicarse a cada una de esas materias objeto de ley especial —debido a la concurrencia de esos datos diferenciales— excede de los límites que el Código podría adjudicarle³¹⁶.

de los Tribunales del fuero común, toda vez que las funciones administrativas terminan con la resolución declarando haber lugar o no a la inscripción pretendida y los que se crean perjudicados en sus derechos... pueden reclamar... ante los Tribunales del fuero común porque el derecho lesionado... es un derecho de propiedad y por lo tanto de índole puramente civil»*. En el mismo sentido, vid. la S.T.S. (cont. admva.) de 21 de enero de 1936, Cdo. 2.º: «Que todas las cuestiones que se plantean en la demanda se refieren a si la propiedad de determinadas obras... corresponde a los causahabientes del que las adquirió en vida del autor o a una heredera de éste y tales cuestiones, por su naturaleza evidentemente civil, corresponden a la jurisdicción ordinaria... siquiera el derecho de propiedad intelectual se consigna en una ley especial que la Administración ha de aplicar a los fines de registro y garantía de actos posesorios, pero sin potestad de definir el mejor derecho fundado en los de carácter civil, que los interesados aleguen».

* La cursiva es mía.

³¹⁴ Vid. BADOSA COLL, *Memoria...* cit.: «... ambas regulaciones [Código civil y leyes especiales] giran en torno a una materia básica idéntica...» (p. 201); «... una institución jurídica, definida y regulada en el Cc. con carácter abstracto (la propiedad). Cabe, con todo, que esta institución tenga manifestaciones concretas ("clases de propiedad" o "propiedades especiales") debido a circunstancias extrajurídicas (naturaleza del objeto) que exijan dictar normas más apropiadas...» (p. 202); «... la ley especial... al especificar o concretar una institución jurídica contemplada en el Cc. no puede contradecir los presupuestos que éste establece, sino al contrario, tratar de adecuarlos al nuevo objeto y con ello logra que la institución específica participe de la misma naturaleza jurídica que la institución genérica a la que trata de adaptar» (p. 202).

³¹⁵ BADOSA COLL, *Memoria...* cit., p. 197.

³¹⁶ DANVILA COLLADO, quien reprocha a la Comisión General de Codificación no haber incorporado plenamente al Código las materias objeto de Ley especial —y,

Las leyes especiales asumen así la función instrumental de permitir al Código regular exhaustivamente materias que le pertenecen, por lo que prácticamente operan a modo de «Apéndices»³¹⁷ o continuaciones del Código civil³¹⁸ (como gráficamente se pone p. ej. de relieve en el art. 425 C.c.: «En todo lo que no esté expresamente prevenido por las disposiciones de este capítulo, se estará a lo mandado por la Ley especial de Aguas.»).

3. Las propiedades especiales como categoría autóctona del Derecho español

A modo de epílogo, podemos señalar, a la vista de todo lo expuesto, que en el ordenamiento jurídico español ha quedado configurada una categoría singular de derechos, cuya conformación se debe, antes que a su propia naturaleza y a la de sus objetos, a razones externas a los mismos. Por acentuado que fuese el «elemento social»³¹⁹ en esos objetos y el deseo de refinar la noción de propiedad congelada en el Código, sin el apremio de ese otro tipo de razones, quizá no hubiese llegado a lanzarse la idea de las «propiedades especiales». Pudo más sin duda el adscribirlas al derecho común de la propiedad, para así engrosar subrepticamente el núcleo de instituciones que, por Derecho común, habían de imponerse a los territorios de Derecho foral que la convicción, evidentemente ya existente en la época, pero, por demasiado avanzada, en modo alguno todavía dominante, de que esas institucio-

en concreto, lo relativo a la propiedad intelectual: *vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1889, n.º 76, de 22 de marzo, pp. 2032-2033— supone que la subsistencia de las leyes especiales, que él critica, se explica «sin duda, porque iba siendo muy largo el Código...» (*id.* Diario, n.º 82, de 30 de marzo, p. 2194).

³¹⁷ Al papel de «Apéndice» del Código civil que desempeña en concreto la Ley de propiedad intelectual de 1879, se refiere SCHAEFFER, Klaus, *Grundfragen des spanischen Urheberrechts im Vergleich zum deutschen Recht*, München, 1981, p. 41: «Die Ley von 1879 als *lex specialis* für die Propiedad Intelectual wird durch die in den Art. 428 und 429 des Código civil enthaltene Verweisung quasi als weiterer besonderer Teil zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Dieser Regelung trägt auch Art. 5 der Ley von 1879 Rechnung...»

³¹⁸ «Pero hay otros Códigos que quedan completamente vivos, como la ley hipotecaria, la de aguas, la de minas, la de propiedad industrial, la de caza y pesca, etc. Resultado, Sres. Diputados: que tengo para mí, que a estas horas habrá ya algún editor que haya ideado una obra que se titulará “Legislación civil” y que tendrá tres tomos, creo yo; primer tomo, Código civil; segundo y tercero, el resto de la legislación civil para que no se hagan ilusiones los que piensan que hecho el Código basta con él» (así describía irónicamente Gumersindo de Azcárate las consecuencias que, según él, comportaría la subsistencia, como continuaciones del mismo, de las Leyes especiales junto al Código. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1889, n.º 88, de 6 de abril, p. 2366).

³¹⁹ *Vid.* CLEMENTE DE DIEGO, cit. en *Bibl.*, p. 477.

nes forman parte de la noción y contribuyen a trazar los perfiles del derecho de propiedad en general.

A pesar de su carácter coyuntural y artificial, la categoría sigue subsistiendo sin haber sido excesivamente cuestionada. Su existencia se quiere justificar, alternativamente, en base a la peculiaridad de los objetos de las «propiedades especiales»³²⁰, o en base al hecho de exigir determinados aspectos de esos derechos una intervención administrativa³²¹, si bien tanto uno como otro criterio se revelan insuficientes para mantener en pie la categoría. El punto de vista del objeto no puede sino suscitar perplejidad, por el hecho de que se vean reunidos en un mismo haz derechos sobre objetos corporales e incorporeales³²²; el punto de vista de la intervención administrativa resulta también endeble, por no ser exclusivo de estos derechos en cuestión³²³.

Quizá la precariedad de esos criterios sirva para explicar que, en algún momento, se haya querido asociar las «propiedades especiales» a categorías más sólidas que, desde otros ordenamientos, han adquirido proyección internacional, como las «propiedades incorporeales» del Derecho francés³²⁴ o los «derechos sobre bienes inmateriales»³²⁵ del Derecho alemán y, por influencia de éste, del Derecho italiano³²⁶.

Ello no es en absoluto posible, ni por los orígenes de esas otras categorías, cuya formación sí obedece a razones estrictamente técnicas³²⁷, ni por la composición de las mismas, que, salvo en

³²⁰ Así, SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., p. 317; PUIG BRUTAU, cit. en Bibl., p. 189.

³²¹ Vid. CLEMENTE DE DIEGO, cit., p. 477; ESPÍN, cit. en Bibl., p. 282; SANTOS BRIZ, cit. en Bibl., p. 346.

³²² Vid. CASTÁN, op. cit., tomo II, p. 397.

³²³ Vid. VALVERDE, op. cit., p. 127: «¿Por qué no ver especialidades parecidas en todas las propiedades que exigen una función administrativa?»

³²⁴ Así SANTOS BRIZ, *Derecho civil*, II, cit. (en Bibl.), p. 345.

³²⁵ Así, como «obiter dicta» establece la Sentencia de 1 de junio de 1971, en su 1.^{er} Cdo.: «Que en la regulación de las propiedades especiales, según el tecnicismo de nuestro Ordenamiento jurídico —hoy superado y subsumidas en la categoría de derechos sobre bienes inmateriales...».

La equiparación entre ambas categorías, «propiedades especiales» y «derechos sobre bienes inmateriales», arranca de una Sentencia anterior, de 24 de diciembre de 1940, y desde entonces hemos podido verla reiterada, para la propiedad intelectual e industrial, en muchas otras, tanto civiles (S.T.S. de 25 de octubre de 1941; de 23 de marzo de 1945; la ya cit. de 1971; y la de 12 de mayo de 1975), como penales (vid. las de 27 de abril de 1979; 14 de febrero de 1984 y 30 de mayo de 1984).

³²⁶ En la doctrina italiana, alcanzó gran predicamento la construcción de KOHLER del «derecho sobre bienes inmateriales», p. ej., en autores como CARNELUTTI, Francesco FERRARA, GRECO, de SANCTIS y ASCARELLI (citamos sus obras en Bibl.). La divulgación y recepción en nuestro ámbito de tal categoría se debe a la influencia de la doctrina italiana, como confirma Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1979, II, p. 124.

³²⁷ Vid. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité pratique de Droit civil français*, Paris, 1952 (2.^a edición), tomo III, p. 12; p. 566; ASCARELLI, Tullio, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona 1970, p. 633.

lo relativo a la propiedad intelectual —que, en efecto, es una de las «propiedades incorpóreas» y uno de los «derechos sobre bienes inmateriales»— se proyectan sobre otro tipo de objetos ³²⁸.

A la construcción del «derecho sobre bienes inmateriales» ya aludimos, refiriéndonos a ella como alternativa formulada en el siglo XIX en el ámbito germánico para superar la construcción del derecho de autor como «propiedad» («geistiges Eigentum») ³²⁹. Expusimos también entonces que dicha categoría contribuyó a resolver el problema dogmático que representa que el Código civil alemán (BGB) ³³⁰ sólo aplique el concepto de «cosa» a los objetos materiales (§ 90 BGB), entendiéndolo, además, que el derecho de propiedad sólo sobre bienes materiales se proyecta (§ 903 BGB).

El expediente técnico de los «bienes inmateriales» surge, pues, para adaptar la disciplina jurídica a la naturaleza propia de las creaciones intelectuales ³³¹, en contraposición a las cosas materiales ³³².

En Derecho francés, el recurso a las «propiedades incorpóreas» se justifica para sancionar nuevas formas de apropiación, propias de algunos «bienes incorpóreas». El Código civil francés no menciona a las «creaciones del espíritu» ni al derecho que recae sobre ellas ³³³, lo cual había dejado en libertad a los principales tratadistas franceses, durante el siglo XIX, para establecer que las

³²⁸ Porque no puede decirse —aunque así se ha escrito— que las «minas» y las «aguas» sean una «propiedad incorporal» (!).

³²⁹ Vid. *supra* nuestro capítulo preliminar a la Ley española de 1879 y el epígrafe relativo a «La elaboración científica del derecho de autor» en el último tercio del siglo XIX.

³³⁰ Y ya antes toda la doctrina alemana del siglo XIX.

³³¹ En cuanto a los objetos a los que esencialmente se denomina «bienes inmateriales», vid. KOHLER, Josef, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart 1907, pp. 128 y ss.; ASCARELLI, op. cit., pp. 319 y ss.

³³² Para constatar la aceptación de la construcción del «derecho sobre bienes inmateriales» en la ciencia del Derecho, vid. obras generales de Derecho civil, como LARENZ, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1983 (6.^a ed.); en el epígrafe § 13, donde procede a una clasificación de los derechos subjetivos, se refiere LARENZ a los «Immaterialgüterrechte» como una categoría existente dentro de aquéllos (vid. pp. 206 y ss.); en el epígrafe § 16, donde se refiere a los posibles objetos de derecho, al contemplar los que son de carácter incorpóreo, incluye entre ellos la «obra del espíritu» («Geisteswerk»), a la que designa como «Immaterialgut» (vid. pp. 283-284). Vid. asimismo WOLFF, Martin und KAISER, Ludwig, *Sachenrecht*, Tübingen, 1957 (10. Bearbeitung), pp. 177 y ss.: «Gegenstand des Eigentums sind nur Sachen (körperliche Gegenstände), nicht Immaterialgüter, nicht Rechte... keine der Sätze, die für das Sacheigentum gelten, gilt für das haben eines Rechts, so wie keiner für das geistige Eigentum gilt: es gibt keine "rei vindicatio", die Eigentumsrechtsnormen gelten nicht u.a. [unter andere].»

³³³ Como sabemos, en Francia la «propiedad literaria» estaba regulada, fuera del Código civil, por los Decretos del período revolucionario, de 1791 y 1793 (vid. *supra* la primera parte de este trabajo) y, durante el período que estamos analizando, por Ley de 14 de julio de 1866, que dejando en vigor aquellos Decretos, se limitó a ampliar el plazo de protección reconocido en ellos a los herederos del autor.

«creaciones del espíritu» son también uno de los «bienes incorporales»³³⁴ y para construir, más adelante, a principios del siglo XX, una categoría *ad hoc*, la de las «propiedades incorporales»³³⁵, referida a algunos de esos «bienes incorporales» que no contempla el Código civil francés³³⁶.

En cambio, nuestro Código, que sí se refiere a dichos peculiares objetos y al derecho que recae sobre ellos, no sólo no los asocia a los «bienes incorporales» (arts. 1.526 y ss. C.c.; *vid.* también arts. 430 y 1464 C.c.), sino que, incluso, al contemplarlos como objeto sobre el que se proyecta una de las «propiedades especiales» que reconoce el Código, los asocia paradójicamente a objetos bien distintos, como las *aguas* y las *minas*.

No nos queda entonces sino reafirmarnos en nuestra conclusión de que en la elaboración de la categoría de las «propiedades especiales» sólo en último término incidieron cuestiones de orden dogmático —posibilidad que brinda la evolución de las ideas, desde el momento de la gestación del Código hasta el de su promulgación, de integrar los derechos sobre objetos regulados en leyes especiales en la institución de la propiedad—. El verdadero peso específico en su formación correspondió a objetivos políticos —logro de la unidad legislativa— y tácticas de política legislativa —conservadurismo y eclecticismo en el modo de proceder del codificador.

³³⁴ Categoría de bienes que sí reconoce el Código civil francés.

Sobre la pertenencia de las creaciones del espíritu a dicha categoría, *vid.* AUBRY y RAU, *op. cit. supra* en nuestro epígrafe «La elaboración científica del derecho de autor en el último tercio del siglo XIX».

³³⁵ Se considera a JOSSE-RAND el principal artífice de tal categoría. *Vid.* JOSSE-RAND, Louis, *Cours de Droit civil Positif français*, Paris, 1930 (3.^a edición), tomo I, pp. 752 y ss.

³³⁶ *Vid.* en cuanto a los objetos que, se considera, forman parte de las llamadas «propiedades incorporales», JOSSE-RAND, *op. cit.*, p. 756, quien, además de a la «propiedad literaria», se refiere a la «propiedad» de los oficios, fondos de comercio, patentes, marcas de fábrica, diseños y modelos, letras misivas y títulos nobiliarios; *vid.* asimismo PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, p. 567.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AHRENS, Heinrich, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, Aalen, 1968 (Neudruck der 6. Auflage Wien, 1871), Band 2, pp. 147 y ss.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil*, Barcelona 1983, tomo III, vol. 1.º, pp. 229 y ss.; 243 y ss.; 446 y ss.; vol. 2.º, § 65, pp. 87 y ss.
- ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *Estudios sobre Filosofía del Derecho*, Madrid, 1874, pp. 704 y ss.
- ASCARELLI, Tullio, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, 1970.
- ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE. SON HISTOIRE-SES TRAVAUX. 1878-1889, Paris, 1889.
- AUBRY, Charles et RAU, Charles Frederic, *Cours de droit civil français*, Paris, 1875, tomo 7.º, pp. 170-171.
- AZCÁRATE, Gumersindo de, *Historia del derecho de propiedad*, Madrid, 1880, tomo II, pp. 310 y ss.; Madrid, 1883, tomo III, pp. 25 y ss.; pp. 211 y ss.
- BADOSA COLL, Fernando, *Memoria de Derecho civil*, Barcelona, 1978 (inérita), pp. 48 y ss.; 78 y ss.; 194 y ss.
- BALZAC, Honoré de, «Sur les questions de la propriété littéraire et de la contrefaçon», en *Oeuvres complètes de Honoré de Balzac*, Paris, 1940, tomo III («Oeuvres diverses»), pp. 16 y ss.
- BALZAC, Honoré de, «Notes remises à messieurs les Députés composant la commission de la loi sur la propriété littéraire» en *Oeuvres complètes de Honoré de Balzac*, Paris, 1940, tomo III («Oeuvres diverses»), pp. 417 y ss.
- BAPPERT, Walter, *Wege zum Urheberrecht. Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedankens*, Frankfurt am Main, 1962.
- BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, 1978.
- BEKKER, Ernst Immanuel, «Zur Reform des Besitzrechts», en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1891, Dreisigster Band, pp. 275 y ss.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, comentario del art. 1.º de la LPI de 1987, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por el mismo autor, Madrid, 1989, pp. 20 y ss.
- BESLER, Georg, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Berlin, 1885, 2. Abteilung, § 210, pp. 951 y ss.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1766.
- BLUNTSCHLI, Johann Caspar, *Deutsches Privatrecht*, München, 1853, §§ 46-50.
- BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información. (La nueva Ley de 11 de noviembre de 1987)*, Madrid, 1988.
- BORNEMANN, Friedrich Wilhelm, *Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts*, Berlin, 1842, I, pp. 5 y ss.
- BRUNNER, Heinrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1906, Erster Band, (2. Auflage).
- CARNELUTTI, Francesco, «Sull'obbietto del diritto di privativa artistica e industriale» en *Rivista del Diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1912, vol. X, pp. 925 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1957, (9.ª ed.), tomo II, pp. 361 y s.s.; Madrid, 1963, tomo I,2, pp. 365 y ss.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1929, tomo I, pp. 477 y ss.
- COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988.
- COMELLAS GARCÍA LLERA, José Luis, *Los moderados en el poder. 1844-1854*, C.S.I.C., Madrid, 1970.
- D'ORS, Álvaro y BONET CORREA, José, «En el centenario del proyecto isabelino de Código civil», en *Información Jurídica*, 1951, n.º 96, pp. 483 y ss.
- DAHN, Felix, *Deutsches Privatrecht. Grundriss*, 1. Abteilung, Leipzig, 1878.
- DALLOZ (ed.), *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Paris, 1857, tomo 38, voz «propriété littéraire et artistique», pp. 441 y ss.
- DAMBACH, Otto von, *Die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken*, Berlin, 1870.
- DANVILA COLLADO, Manuel, *La propiedad intelectual*, Madrid, 1882.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Madrid, 1984 (reedición en facsímil de la de 1949).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Temas de Derecho civil*, Madrid 1984 (reimpresión de la ed. de 1972), pp. 21 y ss.; 135 y ss.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Los llamados derechos de la personalidad», en el *Anuario de Derecho civil*, 1959, pp. 1237 y ss.

- DERNBURG, Heinrich, *Lehrbuch des preußischen Privatrechts*, Halle, 1878, 2. Band, pp. 716 y ss.
- DICTAMEN de la Comisión de Educación, Universidades, Investigación y Cultura sobre prioridades legislativas en materia de derechos de autor y de la propiedad intelectual (BOCG de 1985, Serie I, n.º 152, de 14 de mayo, pp. 6253 y ss.).
- DIDEROT, Denis, «Lettre historique et politique adressée à un magistrat sur le commerce de la librairie, son état ancien et actuel, ses règlements, ses privilèges, les permissions tacites, les censeurs, les colporteurs, le passage des ponts et autres objets relatifs à la police littéraire», en *Diderot, oeuvres complètes*, édition critique et annotée présentée par John Lough et Jacques Proust, Paris, 1976, tomo VIII, pp. 479-567.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1979, II, p. 124; pp. 500 y ss.
- DORADO, Pedro, «Hacia un nuevo Derecho civil», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1906, tomo 108, pp. 497 y ss.
- EISENLOHR, Ch. F. M., *Sammlung der Gesetze und internationalen Verträge zum Schutze des literarisch-artistischen Eigenthums in Deutschland, Frankreich und England*, Heidelberg, 1857.
- ESCRIBANO, Teófilo, «La propiedad y el artículo 348 del Código civil español», en *Revista de Derecho Privado*, 1916, pp. 64-70.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago, «La introducción de la costumbre en el Título Preliminar del Código civil», en *Centenario del Código civil*, Madrid, 1990, tomo I, pp. 761-823.
- ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho civil español*, Madrid, 1974, vol. 2.º, pp. 281 y ss.
- EXPOSICIÓN DE LA COMISIÓN DE CÓDIGOS SOBRE LOS MOTIVOS Y FUNDAMENTOS DE LA LEY HIPOTECARIA DE 8 DE FEBRERO DE 1861, MADRID 6 DE JUNIO DE 1860, en *Ley hipotecaria* (edición oficial), Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1861.
- FALCÓN, Modesto, *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, Barcelona, 1888 (3.ª ed.), tomo II, pp. 168 y ss.
- FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente, *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1880 (2.ª ed.), tomo II, pp. 65 y ss.
- FERRARA, Francesco, *Trattato di Diritto civile italiano*, Roma, 1921, vol. I, Parte I, pp. 358 y ss.; 730 y ss.
- FICHTE, Johann Gottlieb, «Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks», publicado inicialmente en la *Berliner Monatsschrift*, mayo de 1791, n.º XXI, pp. 443 y ss. y recogido entre sus obras completas (*J. G. FICHTE-Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, Stuttgart, 1964, Band I,1, pp. 407 y ss.).
- FORNS, José, «Temas de propiedad intelectual. Fuerza obligatoria del Registro», en *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 640-645.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974 (reimpresión de la edición de Madrid de 1852).

- GAREIS, Carl, «Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes», en *Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselsrechts. Begründet von Dr. F. B. Busch (Busch's Archiv)*, Berlin, 1877, Fünfunddreißigster Band, pp. 185 y ss.
- GERBER, C. F. von, «Über die Natur der Rechte des Schriftstellers und Verlegers», en *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1859, 3. Band, pp. 359 y ss.
- GIERKE, Otto von, *Deutsches Privatrecht*, 1. Band, München und Leipzig, 1936 (Neudruck der Ersten Auflage, Leipzig, 1895).
- GIESEKE, Ludwig, *Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts*, Göttingen, 1957.
- GINER DE LOS RÍOS, Francisco, *Estudios jurídicos y políticos*, Madrid, 1875.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos del derecho civil y penal de España*. 11.^a ed., corregida y aumentada por Juan Manuel MONTALBÁN, Madrid, 1874, Tomo I, pp. 733 y ss.
- GUTIÉRREZ, Benito, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, 1871 (3.^a ed.), tomo II, pp. 462 y ss.; Madrid, 1881 (5.^a ed.), tomo II, pp. 494 y ss.
- HATTENHAUER, Hans, *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, Barcelona, 1987.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «Grundlinien der Philosophie des Rechts», en *HEGEL's Sämtliche Werke, herausgegeben von Georg Lasson*, Leipzig, 1930 (3. Auflage), Band VI, pp. 59 y ss.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie. 1818-1831. Edition und Kommentar in sechs Bänder von Karl Heinz Illing*, Stuttgart/Bad Canstatt, 1974, 4. Band.
- HITZIG, Julius Eduard, *Das königliche preußische Gesetz vom 11. Juni 1837 dargestellt in seinem Entstehen und erläutert in seinen einzelnen Bestimmungen aus den amtlichen Quellen*, Berlin, 1838.
- HÖPFNER, Ludwig, *Der Nachdruck ist nicht rechtswidrig*, Grimma, 1843.
- HUBMANN, Heinrich, *Das Recht des schöpferischen Geistes. Eine philosophisch-juristische Betrachtung zur Urheberrechtsreform*, Berlin, 1954.
- HUBMANN, Heinrich, *Urheber- und Verlagsrecht*, München, 1987 (6. Auflage).
- IMBERT, Jean, SAUTEL, Gérard, et BOULET-SAUTEL, Marguerite, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, 1956.
- JOSSERAND, Louis, *Cours de Droit civil Positif français*, Paris, 1930 (3.^a edición), tomo I, pp. 752 y ss.
- KANT, Immanuel, «Die Metaphysik der Sitten», I («Einleitung in die Rechtslehre»), Erster Teil («Das Privatrecht»), Zweites Hauptstück («Von der Art etwas Äusseres zu erwerben»), Dritter Abschnitt («Von dem auf dingliche Art persönlichen Recht»), en *Kant's gesammelte Schriften, herausg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin, 1907, Band VI, pp. 289/290.

- KANT, Immanuel, «Von der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks», *Berlinische Monatschrift, herausgegeben von F. Gedike und J.E. Briester*, Berlin Januar bis Junius 1785, 5. Band, Seiten 403-417, en *KANT's gesammelte Schriften, herausg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin, 1907, Band VIII, pp. 79 y ss.
- KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, München, 1975, II, p. 434, nota 14.
- KLEINHEYER, Gerd und SCHRÖDER, Jan, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, 1989 (3. Auflage).
- KLOSTERMANN, R., *Das geistige Eigenthum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen*, Berlin, 1871, Erster Band.
- KOHLER, Josef, *Das Autorrecht. Eine zivilistische Abhandlung*, Jena, 1880 (Separatabdruck aus Ihering's Jahrbücher XVIII, N. F. VI).
- KOHLER, Josef, *Handbuch des deutschen Patentrechts*, Mannheim, 1900.
- KOHLER, Josef, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart 1907.
- KOHLER, Josef, «Abschreiben als Autorverletzung», en «Autorrechtliche Studien», publicados en el *Archiv für die civilistische Praxis*, 1896, n.º 85, pp. 417 y ss.
- KOHLER, Josef, «Verbreitung von Schriftwerken», en «Autorrechtliche Studien», publicados en el *Archiv für die civilistische Praxis*, 1896, n.º 85, pp. 435 y ss.
- KOHLER, Josef, «Die Idee des geistigen Eigenthums», en *Archiv für die civilistische Praxis*, 1894 (I), Band 82, pp. 141 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, comentario del art. 2.º de la LPI de 1987, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, pp. 31 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, Madrid, 1988, I, vol. 1.º, p. 74; I, vol. 3.º, p. 42; III, Vol. 1.º, 1.ª parte, pp. 261 y ss.; 2.ª parte, pp. 11 y ss.; 52 y ss.; III, vol. 1.º, 3.ª parte, pp. 10 y ss.
- LARENZ, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1983 (6.ª ed.).
- LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación española*, Madrid, 1970, tomo 4 (Codificación civil), vol. I y II; tomo 3 (Procedimiento penal), Madrid, 1975.
- LEGGI E DECRETI SUI DIRITTI DEGLI AUTORI DELLE OPERE DELL'INGEGNO, publicadas por el «Ministero di agricoltura, industria e commercio. Ufficio della proprietà intellettuale», Roma, 1914.
- LOCKE, John, *Two Treatises of government*, Londres, 1698 (ed. anastática de la Uvdad. de Cambridge).
- LÓPEZ QUIROGA, Julio, voz «propiedad intelectual» en la *Enciclopedia Jurídica española*, Barcelona (sin año), tomo XXVI, pp. 118 y ss.
- MALUQUER y SALVADOR, José, «Congreso internacional de 1887 para la protección de la propiedad literaria y artística», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1887, tomo 71, pp. 495 y ss. y 626 y ss.; 1888, tomo 72, pp. 57 y ss.

- MANRESA y NAVARRO, José M.^a, comentario al Capítulo III, Título IV, Libro II del Código civil, en *Comentarios al Código civil español*, Madrid, 1952, 7.^a ed., revisada y puesta al día por Julio CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, tomo 3.^o, pp. 834 y ss.
- MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española* [en prensa], Madrid, 1994.
- MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, Milano, 1952, vol. 2., 1.^a parte, § 79, p. 264; § 78, pp. 231-232.
- ORTLOFF, Hermann, «Das Autor- und Verlagsrecht als strafrechtlich zu schützendes Recht», en *Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1861, 5. Band, pp. 263 y ss.
- PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, comentario a los arts. 428 y 429 del Código civil, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo García, Madrid, 1985, tomo V, vol 2.^o, pp. 711 y ss.
- PÉREZ CUESTA, Emilio, «Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor», en *Revista de Derecho privado*, enero-diciembre 1981, pp. 333 y ss.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, «El derecho moral de los autores», en *Anuario de Derecho civil*, 1949, pp. 7 y ss.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité pratique de Droit civil français*, Paris, 1952 (2.^a edición), tomo III, pp. 11 y ss.; pp. 566 y ss.
- POUILLET, Eugène, *Traité de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, 1908 (3.^a ed.).
- PROUDHON, Pierre-Joseph, *Les majorats littéraires. Examen d'un projet de loi, ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs et artistes un monopole perpétuel*, Paris, 1863.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1979 (3.^a ed.), tomo III, vol. II, pp. 208 y ss.
- PÜTTER, Johann Stephan, *Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts geprüft*, Göttingen, 1774.
- QUIJANO, Pedro Miguel G., «Consideraciones sobre el concepto de las llamadas propiedades especiales», en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, Madrid, 1961, tomo III, vol. 1.^o, pp. 463 y ss.
- RENOUARD, Augustin-Charles, *Traité des droits d'auteurs*, Paris, 1838, tomo I; Paris, 1839, tomo II.
- ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1954, tomo I, pp. 145 y ss.; tomo II, pp. 370 y ss.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Carlos-Javier, *Una nueva sistematización jurídica de las propiedades especiales*, Madrid, 1990.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Centenario de la Unión de Berna: 1886-1986. Precedentes históricos», en *Anuario de Derecho civil*, julio/septiembre 1986, tomo 39, fascículo III, pp. 885 y ss.
- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, «Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales», en *Revista de Derecho Privado*, 1949, pp. 747 y ss.; 830 y ss.

- ROEBER, Georg, «Urheberrecht oder Geistiges Eigentum», en *Archiv für Urheber-, Film-, Funk und Theaterrecht* (UFITA), 1956, Band 21, pp. 150 y ss.
- SAGNAC, Philippe, *La législation civile de la Révolution française. 1789-1804*, Glashütten im Taunus, 1971 (unveränderter Neudruck der Ausgabe Paris 1898).
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1900, tomo III, pp. 317 y ss.
- SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho civil. Teoría y práctica*, Madrid, 1973, tomo II, pp. 344 y ss.; 370 y ss.
- SCHAEFFER, Klaus, *Grundfragen des spanischen Urheberrechts im Vergleich zum deutschen Recht*, München, 1981.
- SCHEYING, Robert, «Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert», en *Archiv für die civilistische Praxis*, 1960, pp. 502 y ss.
- SCHMID, Karl Ernst, *Der Büchernachdruck aus dem Gesichtspunkte des Rechts, der Moral und Politik*, Jena, 1823.
- SPENDEL, Günther, *Josef Kohler. Bild eines Universaljuristen*, Heidelberg, 1983.
- STOLFI, Nicola, *Il diritto di autore*, Milano, 1932, I.
- STRÖMHOLM, Stig, *Le droit moral de l'auteur en droit Allemand, Français et Scandinave*, Stockholm, 1967, tome I, Première partie.
- UBIETO, Antonio, REGLÁ, Juan, JOVER, José M.^a, *Introducción a la Historia de España*, Barcelona, 1963 (1.^a ed.).
- ULMER, Eugen, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin/Heidelberg, 1980 (3. Auflage).
- VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho civil español*, Valladolid, 1910, tomo II, pp. 123 y ss.; Valladolid, 1936 (4.^a ed.), tomo II, pp. 126 y ss.
- VICENTE Y CARAVANTES, José, «Exposición y examen de nuestras leyes y tratados sobre la propiedad literaria», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1876, tomo 49, pp. 32 y ss.; 157 y ss.; 272 y ss.; 344 y ss.; 384 y ss.; 1877, tomo 50, pp. 40 y ss.; 123 y ss.; 210 y ss.
- VILBOIS, Jean, *Du domain public payant en matière de droit d'auteur*, Paris, 1928.
- WÄCHTER, Oskar, *Das Autorrecht nach dem gemeinen deutschen Recht*, Stuttgart, 1875.
- WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1952.
- WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1906 (9. Auflage, bearbeitet von Theodor Kipp), 1. Band, 137, pp. 689 y ss.
- WOLFF, Martin und KAISER, Ludwig, *Sachenrecht*, Tübingen, 1957 (10. Bearbeitung), pp. 177 y ss.

LA NUEVA REGULACIÓN ALEMANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS AL MEDIO AMBIENTE

ANA CAÑIZARES LASO
JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ TAPIA

El desarrollo industrial ha reportado en los dos últimos siglos grandes beneficios al hombre pero a costa de la degradación del medio ambiente. Debe intentarse conciliar el incremento de la producción de bienes con la conservación y protección medio ambiental. Tanto el Derecho Público como el Derecho Privado vienen preocupándose de la regulación relativa a la protección del medio ambiente. Desde el Derecho Privado existen determinados mecanismos, como sabemos, uno de ellos es la responsabilidad civil. El Derecho puede responder ante la degradación de dos maneras: como sistema preventivo, es decir estableciendo mecanismos para prevenir la degradación del medio ambiente, y, en segundo lugar, como sistema de reparación del daño, es decir aplicando el régimen de la responsabilidad civil. El sistema sancionatorio, ya penal ya administrativo, aunque aplicado después de la degradación, cumple como sabemos una función preventiva, general o especial.

A nivel comunitario esta preocupación se ha puesto de manifiesto con la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente originados por los residuos, presentada a la Comisión el 1 de septiembre de 1989. Con anterioridad algunos países, como Italia, regularon la responsabilidad civil por ley en 1986. Con posterioridad a esta propuesta de Directiva, Alemania publica su Ley de responsabilidad medio-ambiental el 10 de diciembre de 1990. Esta es un ley corta, consta de cinco artículos, siendo el más importante el artículo primero que consta de 23 párrafos. La razón que llevó al Bundestag a publicar la ley de responsabilidad medio ambiental fue concretamente la mejora de la protección de los daños al medio ambiente. El núcleo de la Ley es la introducción de la responsabilidad por riesgo en caso de

daños individuales como consecuencia de impactos medioambientales. El objeto de protección directo de la ley es especialmente el individuo. El medio ambiente se protege sólo de forma mediata, a través de aquella protección que la responsabilidad liga a un impacto medioambiental. Esta ley es expresión de intereses nuevos en el Derecho de responsabilidad en el medio ambiente. Aunque la finalidad primera del Derecho de responsabilidad en el medio ambiente es la compensación de los perjudicados, a través de ello se ha ganado un aumento en el concepto de la responsabilidad como «prevención del daño». A la intensificación del Derecho de responsabilidad en el medio ambiente se le une una tendencia general: la protección del medio ambiente no sólo se manifiesta en el orden jurídico, sino también como un instrumento en la economía de mercado.

Son fundamentales las normas relativas a la formación del supuesto de hecho de la responsabilidad, a la prueba en la relación de causalidad, a la indemnización de los daños ecológicos así como las que se refieren a la provisión de cobertura. No se contienen en esta ley, sin embargo, reglas previstas para la responsabilidad solidaria cuando existe más de un productor de los daños, porque se mantienen las generales, por ejemplo, del BGB (que contiene una serie de normas relativas a la responsabilidad civil mucho más detalladas que las de nuestro Código civil). Esto es importante para eliminar toda valoración contradictoria, puesto que la ley de responsabilidad en el medio ambiente se coloca junto al resto de las normas en el Ordenamiento jurídico alemán.

En el parágrafo 1 de la Ley se determinan los presupuestos del nacimiento de la responsabilidad. El punto de partida de la responsabilidad en el sentido de este parágrafo es el nacimiento de un daño a través de un impacto medioambiental, en el sentido del parágrafo 3.1, cuando se origina por materiales, vibraciones, olores... u otros fenómenos que se hayan extendido por el suelo, el aire o las aguas. Decisiva es así la propagación de los daños a través del medio ambiente. Por ejemplo, quien se cae en un depósito de sustancias nocivas no puede, por consiguiente, apoyar su pretensión en esta ley. Al contrario, debe alcanzar el fundamento de esta ley, si a través de una explotación se lanza por explosión una máquina y por ello se ocasionan unos daños, porque aquí en el origen del daño participa la propagación por una onda expansiva.

Los titulares de la responsabilidad están determinados en una relación de instalaciones enumeradas en el Anexo 1 de la Ley. El impacto medioambiental debe proceder de una instalación. En este caso se supone en funcionamiento. Sin embargo la ley prevé la responsabilidad de las instalaciones que no están en funcionamiento. Esto puede ser porque la instalación no esté terminada pero el impacto medioambiental se base en la circunstancia del riesgo de la instalación ya terminada, en cuyo caso responderá el titular de dicha instalación no terminada. O bien, en el caso de que la instalación haya dejado de funcionar pero el impacto medioambiental se base en la circunstancia del riesgo de la instalación antes de su cierre, en

cuyo caso responderá el que fuere titular de la instalación en el momento de su cierre.

Se introduce en esta ley el criterio de responsabilidad por riesgo, por tanto responsabilidad no basada en la culpa. En el párrafo 1 está comprendida la responsabilidad por riesgo, se comprenden de igual manera los daños en caso de perturbaciones, como cualquier consecuencia del legítimo normal funcionamiento de la instalación e igualmente está comprendida la producción del riesgo. Solamente existe exclusión de la responsabilidad por fuerza mayor, de acuerdo con el párrafo 4. El establecimiento de una responsabilidad por riesgo cumple de mejor manera la idea que en esta materia debe ser prioritaria, que es la prevención del daño. El sentido de la responsabilidad por riesgo es que aquéllos que producen y que se benefician de una fuente de riesgos, en compensación por la aceptación de dicho riesgo se impone una responsabilidad como obligación independiente, incluyéndose el normal funcionamiento puesto que este normal funcionamiento es en particular una fuente de riesgos.

La prueba de causalidad para el perjudicado por el daño medioambiental es uno de los mayores problemas que presenta esta materia. Las dificultades se plantean, de un lado, en cuanto a su fundamentación, es decir, en cuanto al modo de actuar de las sustancias nocivas, en lo que, de hecho, hay poca claridad científica. Del otro lado, en cuanto al proceso de los daños, es decir, que dichos daños son el resultado de un proceso que tiene lugar en un largo período de tiempo y que suponen múltiples efectos dañosos como efectos conjuntos. Lo ideal es que el requisito de la prueba quede fijado. Esta ley ayuda a los perjudicados con una presunción de causalidad pero también prevé la compensación para los productores de los daños en particulares circunstancias que excluyen o desvirtúan dicha presunción de causalidad. Los perjudicados tienen que probar la adecuación. Deben conducir primero la prueba en el sentido de que el funcionamiento de la instalación ha contribuido a la liberación de determinadas sustancias nocivas. Para la facilidad de esta prueba se concede en el marco de la ley una pretensión de información a los perjudicados frente al titular de la instalación así como frente a la Administración. Los perjudicados deben establecer la conexión entre la fuente de las sustancias nocivas, la instalación y el lugar del daño, y conducir la prueba en el sentido de que entre las sustancias nocivas liberadas y los mencionados daños existe una relación de lugar y tiempo. Para que entre en juego la presunción, es suficiente que una instalación sea apropiada por lo menos en la coproducción de los daños. No obstante se excluye esta presunción de causalidad si la instalación se explotaba de conformidad con las disposiciones vigentes. En este sentido, la explotación es conforme a las disposiciones vigentes si se han cumplido los deberes especiales de la explotación y siempre y cuando no exista anomalía alguna en dicha explotación (esto implica múltiples controles que las instalaciones deben pasar). En este caso el perjudicado debe probar totalmente el nexo causal. Se excluye también la presunción cuando, junto a la existencia de

una o varias instalaciones apropiadas para causar el daño, se den otras circunstancias que sean adecuadas para la producción del mismo.

La Ley contiene una exhaustiva relación de los distintos supuestos de cuantificación de los daños causados en las cosas y a las personas. En caso de muerte, la Ley incluso prevé la posible obligación de prestar alimentos a terceros que estuvieran a cargo de la víctima. En el caso de lesiones en el cuerpo o en la salud, la ley prevé, en algunos casos, que la correspondiente indemnización deberá prestarse para el futuro en forma de una pensión, existiendo además un límite de responsabilidad en la cuantía de dicha indemnización. Por último, se regula el supuesto en que el perjuicio en una cosa suponga también un perjuicio en la Naturaleza o en el paisaje. Son de alabar las reglas indemnizatorias en esta ley, pues normalmente la cuantificación del daño es una de las cuestiones más complicadas en materia de responsabilidad civil y suele hacerse por aproximación.

La Ley se refiere a la posible cobertura del riesgo ambiental. Es cada vez más necesario que legalmente se establezca un sistema de cobertura financiera de carácter obligatorio del riesgo ambiental. La ley alemana lo ha hecho. No tiene el carácter de un fondo de garantía, en el sentido de que fuese puesto en común por las empresas, pero es un sistema de provisión de cobertura obligatorio. El incumplimiento de esta provisión de cobertura puede conducir a varias consecuencias. En primer lugar, señala la ley que la autoridad competente puede prohibir la explotación de la instalación en concreto, si el titular no ha atendido su obligación de provisión de cobertura y dicha provisión no se prueba ante la autoridad competente en un plazo prudencial. En segundo lugar, puede llegar a existir responsabilidad penal, pues la ley señala que será sancionado con pena de privación de libertad hasta un año o multa quien no haya cubierto la suficiente provisión de cobertura, o no realizase dicha provisión de acuerdo con lo determinado en la ley.

LA LEY ALEMANA DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL DE 10 DE DICIEMBRE DE 1990

Artículo 1: Ley de responsabilidad medioambiental.

1. Responsabilidad de la instalación por impactos medioambientales.

Si por impacto medioambiental, procedente de una de las instalaciones mencionadas en el Anexo I se produjere la muerte de alguien, lesiones en el cuerpo o la salud, o daños en alguna cosa, el titular de la instalación estará obligado, frente a los perjudicados, a reparar los daños originados.

2. Responsabilidad de instalaciones que no están en funcionamiento.

1) Si el impacto medioambiental procediera de una instalación aún no terminada y se basara en la circunstancia de la peligrosidad de la instalación

ya terminada, responderá el titular de la instalación no terminada según el parágrafo 1.

2) Si el impacto medioambiental procediera de una instalación que ha dejado de funcionar y se basara en la circunstancia de la peligrosidad de la instalación antes de su cierre, responderá de acuerdo con el parágrafo 1 el que fuere titular de la instalación en el momento de su cierre.

3. Definiciones.

1) Un daño se produce por impacto medioambiental cuando se origina por materiales, vibraciones, olores, presión, rayos, gases, vapores, calores u otros fenómenos que se hayan extendido por el suelo, el aire o las aguas.

2) Instalaciones son establecimientos permanentes como factorías y almacenes.

3) Se entiende también por instalación:

a) máquinas, utensilios-herramientas, vehículos y cualesquiera dispositivos técnicos mobiliarios y

b) accesorios, que formen un conjunto espacial o industrial con la instalación o parte de la misma y que sean relevantes con la producción del impacto ambiental.

4. Exclusión de la responsabilidad.

No procede la obligación de indemnizar cuando los daños se originaron por fuerza mayor.

5. Limitación de la responsabilidad por daños en las cosas.

Si la instalación se explotaba de conformidad con las disposiciones vigentes (parágrafo 6, párrafo 2, inciso 2) se excluye el deber de indemnizar los daños en las cosas, si las mismas se dañan de forma insignificante o en una medida tolerable de acuerdo con las condiciones del lugar.

6. Presunción de causalidad.

1) Si una instalación, dadas las circunstancias del caso particular, es apropiada para originar el daño producido, se presume que el daño ha sido ocasionado por esa instalación. La adecuación en cada caso particular se enjuiciará, según el funcionamiento de la empresa, los dispositivos utilizados, el tipo y concentración de los materiales almacenados y vertidos, las condiciones meteorológicas según el tiempo y el lugar de la producción del daño, la configuración del daño, así como las restantes circunstancias que en el caso concreto hablen a favor o en contra de la causación del daño.

2) El parágrafo 1 no es aplicable, si la instalación se explotaba de conformidad con las disposiciones vigentes. La explotación es conforme a las disposiciones si se han cumplido los deberes especiales de la explotación y siempre y cuando no exista anomalía alguna en dicha explotación.

3) Deberes especiales de la explotación son aquéllos que se derivan de las licencias administrativas, o de las cargas impuestas en éstas, de los mandamientos ejecutivos y de las disposiciones legales que persigan evitar

dichos efectos en el medio ambiente y que tengan relación con la causación del daño.

4) Si la licencia administrativa, las cargas, los mandamientos ejecutivos o las disposiciones legales prescriben la práctica de controles de los deberes especiales de la explotación, se presumirá el cumplimiento de dicho deber cuando:

1. Los controles se hayan realizado en el período de tiempo, en que el efecto en el medio ambiente en cuestión pudo ser originado por la instalación, y de estos controles no se haya desprendido ningún indicio de la infracción de los deberes de la explotación.

2. En el momento del ejercicio de la pretensión de indemnización de los daños hayan transcurrido más de diez años del efecto medioambiental en cuestión.

7. Exclusión de la presunción.

1) Si hay varias instalaciones apropiadas para originar el daño, no rige la presunción, si hay otra circunstancia apropiada según las condiciones del caso, para la causación del daño. La adecuación en el caso concreto se enjuicia según el tiempo y el lugar de la producción del daño y la configuración del mismo así como por otras circunstancias que en el caso concreto hablen en favor o en contra de la causación del daño.

2) Si sólo hay una instalación apropiada para originar el daño, no rige la presunción si hay otra circunstancia apropiada según las condiciones del caso para la causación del daño.

8. Derecho de información del perjudicado frente al titular de una instalación.

1) Si de los hechos se desprende la sospecha fundada de que una instalación ha ocasionado el daño, el perjudicado puede reclamar la información, siempre que sea necesaria para establecer que procede la pretensión de indemnización de los daños de acuerdo con esta ley. Solamente podrá reclamarse información sobre los dispositivos utilizados, el tipo y concentración de los materiales almacenados o vertidos y demás efectos procedentes de la instalación, así como los deberes especiales de la explotación de acuerdo con el parágrafo 6 parágrafo 3.

2) La pretensión recogida en el parágrafo 1 no procederá en tanto los acontecimientos se mantengan en secreto por disposición legal o porque el mantenimiento del secreto responda a una interés más relevante, sea del titular de la instalación o de un tercero.

3) El perjudicado puede reclamar del titular de la instalación que se le permita examinar la documentación existente, cuando exista la fundada sospecha de que la información no es completa, correcta o suficiente o cuando la información no haya sido entregada en el plazo oportuno. Serán aplicables, en lo que proceda, los parágrafos 1 y 2.

4) Son aplicables en lo que proceda los parágrafos 259 a 261 BGB

9. Derecho de información del perjudicado frente a la autoridad.

Si de los hechos se desprende la sospecha fundada de que una instalación ha causado el daño, el perjudicado podrá solicitar la información de la Administración que la haya autorizado o supervisado o cuya misión sea registrar los efectos medioambientales, siempre que sea necesaria para establecer que procede la pretensión de indemnización de daños de acuerdo con esta ley. La Administración no está obligada a suministrar la información, si haciéndolo pudiera perjudicarse el cumplimiento ordinario de sus funciones, de manera que la divulgación del contenido de la información pudiese ocasionar perjuicios al bienestar de la República Federal o de un Estado, o en tanto los sucesos debieran mantenerse en secreto de acuerdo con una ley o con su finalidad, en especial por intereses legítimos de las partes o de terceras personas. El párrafo 8.1.2 se aplica en lo que proceda al órgano administrativo que haya autorizado o inspeccionado la instalación, también podrá solicitarse de éste información sobre los nombres y direcciones de los titulares de la instalación, sus representantes legales o apoderados.

10. Derecho de información del titular de una instalación.

1) Si se hace valer una pretensión basada en esta Ley contra el titular de una instalación, éste podrá solicitar información al perjudicado y al titular de otra instalación información e inspección o reclamarlas a las autoridades mencionadas en el párrafo 9, en tanto que sea necesario para establecer el alcance de su deber de indemnización o de su pretensión de compensación frente al otro titular.

2) Respecto de la pretensión frente a los perjudicados, rigen los párrafos 8.2, 3 inciso 1 y 8.4; respecto de la pretensión frente al titular de otra instalación, los párrafos 8.1, inciso 2, y 8.2 a 4; y respecto de la pretensión de información frente a las autoridades, el párrafo 9 en lo que proceda.

11. Concurrencia de culpas.

Si en la producción del daño ha concurrido la culpa del perjudicado, rige el párrafo 254 BGB; en el caso de daños en las cosas, la culpa de aquéllos que realmente hubieran ejercido violencia en las cosas se compensará con la del perjudicado.

12. Alcance del deber de indemnización en caso de muerte.

1) En caso de muerte, la indemnización deberá cubrir los costes del tratamiento aplicado a la víctima así como los perjuicios patrimoniales que el fallecido hubiera sufrido a consecuencia de la enfermedad, derivados tanto de la disminución o supresión de su capacidad adquisitiva como del aumento de sus necesidades. El obligado a indemnizar deberá asimismo sufragar los gastos de entierro respecto de aquéllos que deban costearlos.

2) Si el fallecido al tiempo de la lesión, en relación con un tercero, estaba obligado a prestar alimentos o podría estarlo, y el tercero, como

consecuencia de la muerte, se ve privado de su derecho de alimentos, el obligado al resarcimiento deberá indemnizar al tercero, mientras el fallecido, en el tiempo en que presumiblemente viviese, hubiera estado obligado a prestarle alimentos. El deber de indemnización procederá también en el caso de que el tercero sea un concebido y no nacido al tiempo de la lesión.

13. Alcance del deber de indemnización por daños corporales.

En el caso de lesiones en el cuerpo o en la salud, la indemnización debe cubrir los costes de curación así como los perjuicios patrimoniales que el lesionado haya sufrido cuando, como consecuencia de la lesión, su capacidad adquisitiva haya sido disminuida o suprimida, de forma temporal o definitiva, o sus necesidades se hayan aumentado.

14. Indemnización en forma de pensión.

1) La indemnización por supresión o minoración de la capacidad adquisitiva, o por aumento de las necesidades del perjudicado, así como la indemnización correspondiente al tercero conforme al parágrafo 12.2, podrá prestarse en el futuro por medio de una renta.

2) Los apartados 2 a 4 del parágrafo 843 BGB son aplicables en lo que proceda.

15. Límite máximo de la responsabilidad.

El obligado a indemnizar responderá en total, por muerte, daños en el cuerpo y en la salud, sólo hasta una cantidad máxima de 160 millones de Marcos alemanes; y por daños en las cosas, en su caso, hasta un máximo de ciento sesenta millones de marcos, siempre y cuando los daños se hayan producido en una unidad de impacto medioambiental. Si los distintos conceptos indemnizatorios procedentes de un mismo y unitario impacto medioambiental sobrepasaran las cantidades mencionadas en el inciso primero, la indemnización por cada concepto se reducirán en la proporción en que la suma total esté respecto del límite máximo indemnizable.

16. Gastos por medidas de restauración.

1) Si el daño en una cosa supone también un perjuicio a la naturaleza o el paisaje, en tanto el perjudicado restaure el estado que tendría si la lesión no se hubiera producido, será aplicable el parágrafo 251.2 BGB en la medida en que los gastos para restaurarlo al estado anterior no sean por sí solos desproporcionados, porque superen el valor de la cosa.

2) El legitimado para pedir indemnización podrá exigir a quien ocasionó el daño un anticipo para los gastos necesarios.

17. Prescripción.

A efectos de la prescripción, serán de aplicación en lo que proceda las disposiciones vigentes del BGB sobre prescripción por actos ilícitos.

18. Responsabilidad prioritaria.

1) La responsabilidad basada en otras disposiciones permanece intacta.

2) Esta ley no es aplicable en el caso de incidente nuclear, en tanto lo sea la Ley Nuclear, en relación con el Convenio de París de responsabilidad nuclear de 29-7-1960 (en su versión de 15-7-1985), el Convenio de Bruselas de 25-5-1962 sobre naves nucleares y el Acuerdo de Bruselas de 17-12-1971 sobre transporte marítimo de material nuclear, en su redacción vigente.

19. Provisión de cobertura.

1) Los titulares de las instalaciones mencionadas en el Anexo 2 se cuidarán de que pueden atenderse sus obligaciones legales de indemnizar si se produce, como consecuencia de un impacto medioambiental procedente de la instalación, la muerte de una persona, lesiones en el cuerpo o en la salud o daños en una cosa (Provisión de cobertura). Si existiese especial riesgo en una instalación que ha dejado de funcionar, la autoridad competente puede disponer que aquél que fuese el titular en el momento de su cierre realice la provisión de la cobertura correspondiente durante un máximo de diez años desde entonces.

2) La provisión puede efectuarse.

1. mediante un seguro obligatorio de responsabilidad civil en una de las compañías de seguros autorizadas en el campo de aplicación de esta Ley; o

2. por la dispensa o la garantía de cumplimiento de la obligación, a cargo de la República federal o de un Estado,

3. por la dispensa o la garantía de cumplimiento a cargo de las instituciones crediticias autorizadas en el campo de aplicación de esta Ley, cuando quede garantizado que ofrece una seguridad comparable a la del seguro obligatorio.

3) Las entidades nombradas en el párrafo 2.1. 1 a 5 de la Ley del seguro obligatorio, en la versión publicada de 5-4-1965, reformada en última ocasión por Ley de 22-3-1988, están exentos del deber de provisión de la cobertura.

4) Las autoridades competentes pueden prohibir parcial o totalmente la explotación de una de las instalaciones mencionadas en el Anexo 2, si su titular no ha atendido su deber de garantía de la provisión de la cobertura y ésta no se acredita en un plazo prudencial establecido por la autoridad competente.

20. Delegación normativa.

1) El Gobierno federal podrá, por delegación del Senado, dictar disposiciones sobre:

1. el momento a partir del cual el titular de la instalación debe efectuar la provisión de la cobertura del párrafo 19.

2. Alcance y cuantía de la provisión.

3. Los requisitos exigibles a las instituciones crediticias para otorgar la dispensa y la garantía.

4. El procedimiento y facultades de la autoridad competente para la supervisión de la provisión de cobertura.

5. El foro competente conforme al párrafo 158.c.2 de la Ley de contrato de seguro, así como para la interposición de la denuncia en el sentido del 158.c.2 de la L.C.S.

6. Los deberes del titular de la instalación, del asegurador y de aquellos que hayan asumido un deber de liberación o de garantía, frente a las autoridades competentes para la supervisión de la provisión de cobertura.

2) Antes de presentarse al Bundesrat, el Decreto legislativo será presentado ante el Bundestag. Por decisión de éste, podrá ser modificado o rechazado. Dicha resolución será presentada al Gobierno federal. Si el Bundestag no se ocupase del decreto legislativo en el plazo de tres semanas de sesión a contar desde la entrada del Decreto, se presentará aquél inalterado al Gobierno federal. El Bundestag deberá ocuparse del Decreto a solicitud de tantos miembros como sean necesarios para constituir un grupo parlamentario.

21. Disposiciones penales.

1) Será castigado con pena de privación de libertad de hasta un año o con multa, el que

1. contra lo dispuesto en el párrafo 19.1.1, y también en el Decreto, en lo previsto en los apartados 1 ó 2 del párrafo 20.1, no cumpla la provisión de cobertura o lo haga de forma insuficiente.

2. Contraviniere una de las disposiciones previstas en el párrafo. 19.1, inciso 2.

2) Si el autor actuara imprudentemente, la pena privativa de libertad será hasta de seis meses y la multa, hasta 180 días.

22. Multas.

1) Cometerá infracción administrativa, el que vulnere una norma delegada, en lo previsto en los apartados 3 a 6 del párrafo 20.1, siempre que establezca la multa para el hecho concreto.

2) Las infracciones administrativas podrán ser sancionadas con una multa de hasta diez mil marcos alemanes.

23. Disposición transitoria.

Esta Ley no tiene aplicación para los daños ocasionados antes de su entrada en vigor.

Artículo 2: Modificación a la ley procesal civil.

La ZPO, en la versión refundida, publicada en el Diario Oficial, Parte III, 310-4, reformada por última vez en virtud del Tratado de Unificación de 31-8-1990, en relación con el artículo 1 de la ley de 23-9-1990 (BGBl 1990.II S.885,921) queda modificada de la siguiente manera:

Se añadirá al párrafo 32 el siguiente:

§ 32 A. «Para las demandas contra el titular de uno de los locales mencionados en el Anexo 1, por las que se reclame indemnización por los daños ocasionados por un impacto medioambiental, será exclusivamente competente el juez en cuyo distrito se encuentre la instalación que haya originado dicho impacto. Esto no rige cuando la instalación esté situada en el extranjero.»

Artículo 3: Disposiciones transitorias.

En tanto los daños se hayan producido antes de la entrada en vigor de esta ley, será aplicable la ZPO en su anterior redacción.

Artículo 4: Reforma de la Ley Federal de Inmisiones.

La Ley Federal de protección ante las inmisiones en la versión publicada el 14 de mayo de 1990 (BGBl I; 880), reformada por el Tratado de Unificación de 31-8-1990 en conexión con el art. 1 de la Ley de 23-9-1990 (BGBl 1990 II, 885.1114) se cambiará como sigue:

Al § 51 se añadira el 51 b.

§ 51.b. Aseguramiento de la posibilidad de notificación.

El titular de una de las instalaciones sujetas a autorización debe asegurar que se le pueda notificar un concreto escrito en el ámbito de aplicación de esta ley. Si sólo se puede asegurar la notificación por medio de apoderado, el titular deberá dar su nombre a las autoridades competentes.

Artículo 5: Entrada en vigor.

Esta ley entrará en vigor el 1-1-1991.

Anexo 1 (al parágrafo 1 de la Ley de responsabilidad medioambiental)

1. Para las instalaciones mencionadas en el anexo, se entenderá que alcanza o sobrepasa el límite de productividad o el tamaño de la instalación conforme a lo permitido por la norma, y siempre que sea sobrepasado, se fijará por el volumen real de explotación. El volumen de explotación permitido legalmente se determina de acuerdo con el contenido de la autorización administrativa, las imposiciones, los mandamientos ejecutivos y las disposiciones legales.

2. Para las instalaciones mencionadas en el anexo, la cantidad de sustancias determinante, se hijará, atendiendo a si dicha cantidad:

- a) puede existir en el funcionamiento regular conforme a las normas,
- b) o puede originarse en una anomalía del funcionamiento regular conforme a las disposiciones.

3. Cuando un empresario tuviera varias instalaciones que, por sí solas, no alcancen los límites de productividad, tamaño o cantidad de sustancias, se considerarán instalaciones, en el sentido del parágrafo 1 de esta Ley, siempre que se encuentren en una estrecha conexión espacial y técnica y juntas alcancen los correspondientes límites de productividad, tamaño (número 1) o cantidad de sustancias (número 2).

TERMOGÉNESIS, MINERÍA, ENERGÍA

1. Centrales eléctricas, de calefacción y térmicas con instalaciones de hornos para el empleo de combustibles sólidos, líquidos o gaseosos, siempre que la capacidad de combustión térmica sobrepase:

- a) los 50 megawatios, en el caso de combustibles sólidos o líquidos.
- b) los 100 Megawatios, en el caso de gaseosos:

2. Hornos que empleen:

a) carbón, coque, aglomerados de carbón y de turba, turba negra, fuel oil, metanol, etanol, maderas inalteradas, así como de:

aa) maderas laminadas, barnizadas o revestidas, así como los restos producidos, siempre que no se hayan aplicado o contengan ningún protector de la madera y que los revestimientos no consistan en compuestos orgánicos halógenos; o de

bb) madera contrachapada, tableros de virutas, de fibra prensada u otras maderas encoladas así como los restos producidos, siempre que no se haya aplicado ni contengan ningún protector de la madera y que los revestimientos no consistan en compuestos halógenos orgánicos, con una capacidad calorífica igual o superior a 50 megawatios; o

b) combustibles gaseosos

aa) gases de suministro público, gas natural no tratado o gas petróleo con un contenido equivalente de azufre, gas líquido o hidrógeno.

bb) gas puro, que contenga un volumen de azufre en una proporción de hasta un uno por mil, indicado como azufre, o gas para la agricultura.

cc) gas de horno de coque, gas de min, de acero, de altos hornos, de refinería y gas sintético que contenga un volumen de azufre de hasta un uno por mil, indicado como azufre con una capacidad calorífica igual o superior a 100 megawatios.

3. Hornos que empleen de otros materiales combustibles sólidos, líquidos o gaseosos con una capacidad calorífica igual o superior a 1 megawatio.

4. Instalaciones con motores de combustión interna que empleen aceite usado o gas de vertidos.

5. Turbinas de gas para la propulsión de generadores o utensilios de trabajo con una capacidad calorífica igual o superior a 10 megawatios, excepto la turbinas de gas con circuitos cerrados.

6. Torres de refrigeración con un caudal de agua refrigerante igual o superior a 10000 metros cúbicos por hora, incluidos las torres de refrigeración de las instalaciones para la fisión de combustible nuclear o para la elaboración de combustible nuclear irradiado.

7. instalaciones para el triturado o secado de carbón con un rendimiento igual o superior a 30 Tm por hora.

8. Instalaciones para el aglomerado de carbón vegetal y mineral.

9. Instalaciones para la destilación en seco, en especial, de carbón mineral, vegetal, madera, turba o brea (por ej. las coquerías, plantas de gas, destilerías), excepto las fábricas de carbón de madera.

10. Instalaciones para la destilación o transformación ulterior del alquitrán o derivados del alquitrán o de agua alquitranada o de gas.

11. Instalaciones para la fabricación con combustibles sólidos de gas de gasógeno o de agua

12. Instalaciones para la gasificación o licuefacción de carbón.

13. Instalaciones para la fabricación de gas ciudad o gas a distancia con hidrocarburos por disociación.

14. Instalaciones al descubierto para la extracción de aceite de pizarra o de otros minerales o arenas así como instalaciones para la destilación o transformación ulterior de dichos aceites.

15. Instalaciones en el interior de fábricas de combustible nuclear:

— para la transformación química de compuestos de uranio o plutonio (conversión)

— para la sinterización de pastillas combustibles.

— para el tratamiento de residuos que contengan sustancias combustibles.

16. Instalaciones técnicas de procesos dentro de instalaciones para el enriquecimiento de uranio (locales de operación de isótopos o de productos) incluidos los almacenes y las instalaciones de manipulación para tanques de hexafluoruro de uranio.

17. Equipos para la conservación de combustible nuclear en forma de compuestos solubles de uranio.

18. Equipos para el tratamiento de residuos radiactivos

MINERALES, TIERRAS, VIDRIOS, CERÁMICA, MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN

19. Instalaciones para la fabricación de ladrillos cocidos o de cemento

20. Instalaciones para la combustión de bauxita, dolomita, yeso, caliza, tierra de diatomeas, magnesio, cuarzo o chamota.

21. Instalaciones para la extracción, elaboración o transformación de asbesto.

22. Instalaciones para la elaboración o transformación mecánica de derivados del asbesto en máquina.

23. Instalaciones para el inflado de perlita, pizarra o arcilla.

24. Instalaciones para la fabricación de vidrios, incluso obtenidos de cristal usado, además de la fibra de vidrio que no tengan establecida una finalidad médica o de telecomunicación.

25. Instalaciones para la combustión de productos cerámicos, con aplicación de arcilla, en tanto el volumen de la instalación ascienda a tres metros cúbicos o más y la densidad sea igual o superior a 300 Kg por metro cúbico de aquélla, excepto los hornos termoeléctricos que trabajen discontinuamente y sin salida de aire.

26. Instalaciones para la fundición de sustancias minerales.

27. Instalaciones para la fabricación o fundición de mezclas de betún o alquitrán con sustancias minerales, incluidas las instalaciones de tratamiento de gravillas y de material de construcción de calzadas, de las que puede esperarse que seguirán funcionando en el mismo lugar después de doce meses de su puesta en funcionamiento.

ACERO, HIERRO Y OTROS METALES INCLUIDAS SUS TRANSFORMACIONES

28. Instalaciones para la oxidación (calentamiento por oxigenación para transformarlo en óxido), fundición o sinterización (fabricación de piezas con sustancias en polvo de grano fino por calentamiento) de menas.

29. Instalaciones para la extracción de hierro bruto o metales en bruto no férrico.

30. Instalaciones para producción de acero así como para la fundición de hierro fundido o de acero en bruto, excepto las fundiciones de hierro fundido o acero con una productividad de hasta 2,5 Tm por hora.

31. Fundiciones de zinc o aleaciones de zinc con un empleo de 1.000 Kg o más o fundiciones de otros metales no férricos, incluidas las refinerías con empleo superior o igual a 500 Kg, excluidas:

- fundiciones al vacío
- instalaciones para la fundición baja de aleaciones de estaño y bismuto o de zinc refinado, aluminio y cobre.
- fundiciones que sean parte de máquinas de fundición a presión y de fundición en molde.
- fundiciones de metales nobles o de aleaciones que consistan exclusivamente en metales nobles o en metales nobles y cobre.
- baños de ola de estaño.

32. Instalaciones para la pulimentación por flambeado de superficies de acero, en especial, de lingotes, desabastes, llantones, pletinas o chapas.

33. Instalaciones para el laminado de metales, excluidas:

- fábricas de laminado en frío con un ancho de banda de hasta 650 mm; e
- instalaciones para el laminado de metales no férricos con una producción de menos de 8 Tm de metales pesados o de menos de 2 Tm de metales ligeros por hora.

34. Fundiciones de hierro, temple o acero, excepto las instalaciones, en las que el núcleo o el molde se obtengan por métodos fríos, en tanto la producción sea inferior a 80 Tm por mes.

- 35. Fundiciones de metales no férricos, excluidas.
 - fundiciones de campanas y fundiciones artísticas.
 - fundiciones en las que se utilicen moldes metálicos.
 - fundiciones en las que el metal se funda en bajo en crisoles móviles.

— fundiciones para la fabricación de herramientas de embutir a partir de aleaciones por fundición baja de estaño y bismuto o de zinc refinado, aluminio y cobre.

36. instalaciones para la obtención de capas protectoras de plomo, estaño o zinc en superficies metálicas con ayuda de baños de fundición líquida o a través de metalización con llama, con una producción de 1 Tm o más de caudal de material en bruto por hora, excepto las de galvanización continua según el procedimiento Sendzimir.

37. Instalaciones que consistan en uno o varios martillos automáticos/mecánicos, cuando la energía de golpe de un martillo sobrepase 1 kilojulio; los rompedores de caída son equivalentes a los martillos.

38. Instalaciones para la formación por explosivos o para el chapeado con sustancias explosivas con un empleo igual o superior a 10 Kg de sustancia explosiva en cada carga.

39. Instalaciones para la trituración de chatarra a través de molino inducido con una potencia nominal del impulso del roto de 500 Kw o más.

40. Instalaciones para la fabricación de tubos de acero en caliente sin soldadura o soldados.

41. Instalaciones para la fabricación con metal de cascos de buque o secciones de los mismos de una longitud de 20 m o más.

42. Instalaciones para la fabricaciones de acumuladores de plomo

43. Instalaciones para la fabricación de polvo de metal o de pasta de metal por compresión.

44. Instalaciones para la fabricación de polvo o pasta de aluminio, hierro o magnesio o de polvo de pasta de plomo o que contenga níquel, por medio de procesos distintos del mencionado en el número 43.

PRODUCTOS QUÍMICOS, MEDICAMENTOS, REFINADO DE ACEITE MINERAL Y TRANSFORMACIÓN ULTERIOR

45. Instalaciones para la fabricación en serie de sustancias por transformación química, en particular, para la fabricación de:

- a) productos químicos inorgánicos como ácidos, bases y sales.
- b) metales o metaloides por humidificación o con ayuda de energía eléctrica.
- c) corindón o carburo de calcio.
- d) halógenos o derivados o azufres o derivados.
- e) abonos fertilizantes que contengan fósforo o nitrógeno.
- f) acetileno disuelto a presión.
- g) productos químicos orgánicos o disolventes como alcoholes, aldehídos, cetona, ácidos, éster, acetatos, éter.
- h) sustancias sintéticas o fibras químicas.
- i) nitratos de celulosa.
- k) resinas sintéticas.
- l) hidrocarburos.

- m) caucho sintético.
- n) para la regeneración de gomas o productos guminosos con empleo de productos químicos.
- o) colorantes a base de anilina o alquitrán o productos intermedios.
- p) jabones o detergentes.

No se incluyen las instalaciones para la fabricación o fisión de combustibles nucleares o la elaboración combustibles nucleares por irradiación, en tanto no se disponga otra cosa en este Anexo.

46. Instalaciones para la preparación de productos químicos y para el tratamiento de aguas residuales en instalaciones para la elaboración de combustibles nucleares por irradiación.

47. Instalaciones en las que se trituren, se mezclen mecánicamente, se envasen o trasvasen antiparasitarios o pesticidas o sus principios activos.

48. Instalaciones para la fabricación en serie de medicamentos o productos intermedios, en la medida en que:

- a) se extraigan, destilen o sean tratados de forma análoga plantas, sus partes o sus componentes, excepto las de extracción con etanol y sin calentamiento.

- b) hayan sido empleados tejidos animales, incluso animales vivos, así como partes de tejidos, componentes de tejidos y metabolitos de animales.

- c) se empleen microorganismos, así como sus componentes y sus metabolitos.

49. Instalaciones para la destilación o refinado o transformación ulterior de petróleo o productos petrolíferos en el refinado de aceites minerales, usados o lubricantes, en plantas petroquímicos o para la obtención de parafina.

50. Depósitos para la fabricación de materiales grasientos, como los aceites lubricantes, grasas lubricantes, taladrinas.

51. Instalaciones para la elaboración de hollín.

52. Instalaciones para la fabricación de materiales de carbón (carbón sinterizado) o de electrografito por encendido, por ejemplo, para electrodos, conductores de corriente o piezas de aparatos.

53. Instalaciones para la renovación, por destilación, de 1 Tm o más, por hora, de disolventes orgánicos.

54. Instalaciones para la obtención por fundición, de resinas naturales, en una o más toneladas por día.

55. Instalaciones para la fabricación de barnices, esmaltes o de tintas con un rendimiento igual o superior a 1 Tm por día.

Tratamiento externo con materiales orgánicos. Fabricación de materiales aplanados procedentes de materiales artificiales, y otros tratamiento de Resinas y materiales artificiales.

56. Instalaciones para el lacado de objetos o de materiales aplanados o laminares, comprendidos los correspondientes locales de secado, en tanto las lacas contengan materiales orgánicos y de los cuales se empleen 25 kilogramos, o más, por hora.

57. Instalaciones para el estampado con rotativas, de materiales planos o laminares, con los respectivos locales de secado, siempre que los colores o lacas:

- a) contengan como material disolvente exclusivamente etanol y se empleen de éste 50 Kg o más por hora; o
- b) contengan otros disolventes orgánicos y de éstos se empleen 25 Kg o más por hora.

58. Instalaciones para el recubrimiento, baño e impregnado de fibras de vidrio, fibras minerales o de materiales planos o laminares, incluidos los correspondientes lugares de secado; con:

- a) resinas artificiales
- b) materiales artificiales o gomas (caucho) con el empleo de 25 Kg o más de disolventes orgánicos por hora.

59. Instalaciones para el baño o el revestimiento de materiales u ojetos con brea, aceites de alquitrán o bituminosos calientes, excepto las de impregnado o revestimiento de cables con asfalto caliente

60. Instalaciones para el aislamiento de alambres y cables bajo utilización de resinas de fenol y de cresol.

61. Instalaciones para fabricar materiales planos en máquinas de cuerda, incluidos los respectivos lugares de secado, con la utilización de mezclas de materiales artificiales y ablandadores o de mezclas de otros materiales y aceites oxidados de lino.

Madera, celulosa.

62. Instalaciones para la obtención de celulosa de la madera, paja o materiales de fibra análogos.

63. Instalaciones para la fabricación de tablas de fibra de madera, de virutas de madera y esteras de fibra de madera.

Productos alimenticios, estimulantes y piensos, productos agrícolas.

64. Instalaciones para la tenencia y crianza de volátiles (aves de corral) o para la tenencia de cerdos, con

- a) 50.000 puestos para gallinas.
- b) 100.000 puestos para pollos.
- c) 100.000 puestos para aves para cebar.
- d) 1.700 puestos para cerdos de engorde o
- e) 500 puestos para cerdos o más.

En caso de composición mixta, se sumarán los porcentajes respectivos a las cantidades antes mencionadas; el tamaño de la granja que determina la aplicación se alcanzará cuando la suma de los porcentajes alcance un valor de cien; composiciones que sean inferiores al 5 % de las cantidades descritas en las letras a) hasta la e), no serán consideradas para el cálculo de la capacidad de la granja.

65. Instalaciones para el sacrificio de animales, así como locales en los cuales se recolecten o almacenen partes de animales o productos de origen animal para el sacrificio de animales en mataderos.

66. Molinos para productos alimenticios o piensos con una producción de 500 toneladas o más por día.

67. Instalaciones para extraer grasas vegetales o aceites, en tanto la cantidad del medio de extracción empleado ascienda a 1 tonelada o más.

Basuras y residuos.

68. Instalaciones para la eliminación parcial o total de materiales sólidos o líquidos mediante la combustión.

69. Instalaciones para la descomposición térmica de materiales líquidos o sólidos combustibles sin empleo de oxígeno/ por desoxidación (instalaciones de pirólisis).

70. Instalaciones para la recuperación, mediante la combustión, de los componentes de materiales sólidos, a excepción del reciclaje de metales nobles en hornos de incineración de residuos metálicos, siempre que la cantidad de material ascienda a menos de 200 Kg por día.

71. Instalaciones en las que sean tratadas basuras sólidas, en que sea aplicable la Ley de Residuos, con un rendimiento de 1 tonelada o más por hora, excepto los locales en que, por clasificación, sean reciclados para el ciclo económico los materiales procedentes de residuos domésticos o análogos.

72. Instalaciones para la trituración de basuras sólidas, en el sentido del párrafo 1.1 de la Ley de Residuos, con un rendimiento de 100 toneladas o más por día, excepto las que se dediquen al triturado de tierras extraídas o de rocas que sirvan para la obtención de riquezas del subsuelo.

73. Obras compuestas.

74. Instalaciones para la elaboración química de concentrados cianhídricos, nitritos, nitratos o de ácidos, en la medida en que de esta forma deba ser posible la explotación como resto o su eliminación como residuo.

75. Instalaciones inmuebles, en el sentido del párrafo 4 de la Ley de Residuos para el almacenamiento, tratamiento o depósito de residuos en el sentido del párrafo 2.2 de dicha Ley.

76. Instalaciones inmuebles en el sentido del párrafo 4 de la Ley de Residuos para el tratamiento térmico o el depósito de residuos domésticos.

77. Instalaciones que sirvan para el depósito o tratamiento de restos de coches/desguaces de coches, en el sentido del párrafo 5 de la Ley de Residuos.

Almacenamiento, carga y descarga de materiales.

78. Instalaciones para el almacenamiento de gases combustibles en depósitos con una capacidad de 3 o más Tm.

79. Instalaciones para el almacenamiento de aceites minerales, productos líquidos minerales o metanol obtenido de otros materiales en depósitos con capacidad de 10.000 o más Tm.

80. Instalaciones para el almacenamiento de acrilonitrilo en depósitos con capacidad de 350 o más Tm.

81. Instalaciones para el almacenamiento de cloro en depósitos con una capacidad igual o superior a 10 Tm.
82. Instalaciones para el almacenamiento de dióxido de azufre en depósitos con una capacidad igual o superior a 20 Tm.
83. Instalaciones para el almacenamiento de ácidos líquidos en depósitos con una capacidad igual o superior a 200 Tm.
84. Instalaciones para el almacenamiento de 25 Tm o más de nitrato de amonio o preparados de nitrato de amonio, del grupo A según el anexo IV, número 2, del Reglamento de sustancias peligrosas de 26-8-1986 (BGBI. I s. 1470).
85. Instalaciones para almacenar 5 Tm o más de clorato alcalino.
86. Instalaciones para almacenamiento de 5 Tm o más de antiparasitarios para plantas o de pesticidas y plaguicidas o de sus principios activos.
87. Instalaciones para el almacenamiento de trióxido de azufre en depósitos con capacidad igual o superior a 100 Tm.
88. Instalaciones para el almacenamiento de 100 Tm o más de preparados de nitrato de amonio del grupo B, según el Anexo IV. 2 del Reglamento de sustancias peligrosas de 26-8-1986
89. Instalaciones para el almacenamiento de un total de 20 Tm o más, de los materiales descritos en el Anexo II del Reglamento de Averías, incluso como componentes de preparados, que no se traten de los materiales mencionados en ellos números 1 a 4, 6, 14, 15, 17, 18, 21, 25, 26, 36, 39, 40 a 42, 45, 56, 64 a 67, 76, 81, 83, 84, 102, 110, 112, 114, 116, 169, 173, 184, 185, 211, 223, 236, 245, 246, 261, 266, 271, 272, 277, 281, 286, 294, 295, 303, 305, 306, 310 ó 317.

OTROS

90. Instalaciones para la fabricación, elaboración, reelaboración, recuperación o destrucción de materiales explosivos, en el sentido de la Ley de sustancias explosivas, que sean utilizados como material explosivo, inflamable, combustible, carburante, elemento pirotécnico o para la fabricación de dichos materiales; es aplicable también a las instalaciones de carga, descarga o alteración de la carga de munición u otros materiales explosivos, salvo las fábricas de cerillas y fósforos.
91. Instalaciones para la fabricación de celuloides.
92. Fábricas de materiales de repuesto para esmaltado y tinte basados en nitrato de celulosa, que contengan hasta un 12,6 % de nitrógeno.
93. Instalaciones para la fusión o destilación de asfalto natural.
94. Pegueras.
95. Instalaciones para la fabricación de medios de protección de la construcción, de limpieza, de protección de la madera o agentes adhesivos, con una producción igual o superior a 1 Tm por día, excepto aquellas en que dicho medio se fabrique exclusivamente utilizando agua como medio de dilución.

96. Instalaciones para la fabricación de agentes conservadores de la madera con aplicación de hidrocarburos aromáticos halogenados.

Anexo 2 (Al párrafo 19)

1. Instalaciones para las que conforme a los párrafos 1 y 7 del Reglamento de averías deba confeccionarse un análisis de seguridad.

2. Instalaciones para la recuperación de materiales de componentes separados de materiales sólidos por combustión, conforme al anexo II del reglamento de averías, excepto las que sean para el reciclaje de metales nobles en hornos incineradores de chatarra, siempre que la cantidad de materia ascienda a menos de 200 Kg diarios.

3. Instalaciones para la fabricación de materiales accesorios del esmaltado y del tinte basados en nitrato de celulosa, cuyo contenido de nitrógeno ascienda al 12,6 %.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho internacional privado

I. LEGISLACIÓN

A) *Normativa vigente*

CONSUMO

- 1. Directiva 93/43/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 relativa a la *higiene de los productos alimenticios* (DOCE, L, núm. 175, de 19 de julio de 1993).**

La presente Directiva establece las normas generales de higiene de los productos alimenticios y las modalidades para la verificación de la observancia de dichas normas. Entre otros aspectos se refiere a requisitos generales para los locales de empresas alimentarias, requisitos específicos de los locales donde se preparan, tratan o transforman los alimentos, requisitos para locales ambulantes o provisionales, máquinas expendedoras y equipos que entren en contacto con el alimento, transporte de los mismos, higiene y formación del personal manipulador...

- 2. Directiva 93/42/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 relativa a los *productos sanitarios* (DOCE, L, núm. 169, de 12 de julio de 1993).**

La Directiva incide pormenorizadamente en la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes en los diversos Estados miembros, relativas a las características de seguridad y protección

de la salud de los pacientes, usuarios y, en su caso, otras personas, en relación con las prestaciones de los productos sanitarios. A tales efectos, se establecen las condiciones de comercialización y puesta en servicio de los productos sanitarios, la creación de comités de asesoramiento a la Comisión, las condiciones de retirada del mercado de un concreto producto, los criterios de clasificación de los mismos en función de los riesgos potenciales derivados del diseño tecnológico y de su fabricación, los requisitos para incorporar el «marchamo CE», etc.

3. Decisión de la Comisión de 15 de septiembre de 1993 relativa a un contrato tipo sobre las condiciones de utilización de la *etiqueta ecológica comunitaria* (93/517/CEE) (DOCE, L, núm. 243, de 29 de septiembre de 1993).

Como mecanismo de integración del Reglamento (CEE) núm. 880/92, del Consejo, de 23 de marzo de 1992, relativo a un sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica (DOCE, L, núm. 99, de 11 de abril de 1992), la presente Decisión establece el Contrato Tipo sobre las condiciones de utilización de dicha etiqueta. En él figuran especificados los derechos y obligaciones de las partes (organismo competente que concede el derecho de utilización y titular del mismo), las formas y condiciones de publicidad en relación con la etiqueta, los mecanismos de control en el cumplimiento de tales obligaciones, suspensión, retirada y rescisión del contrato por parte del organismo competente en los dos primeros supuestos, o por parte del titular, en el tercero, y la jurisdicción competente para resolver los litigios entre las partes (jurisdicción de los Tribunales del Estado miembro o región del organismo competente), la cual aplicará a tales litigios su propia legislación (nacional o, en su caso, regional, autonómica...).

4. Directiva 93/72/CEE de la Comisión de 1 de septiembre de 1993 por la que se adapta, por decimonovena vez, al progreso técnico la Directiva 67/548/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de clasificación, embalaje y *etiquetado de las sustancias peligrosas* (DOCE, L, núm. 258, de 16 de octubre de 1993).

5. Decisión del Consejo de 25 de octubre de 1993 relativa al establecimiento de un sistema comunitario de intercambio de informaciones sobre determinados productos que pueden poner en peligro la *seguridad o la salud de los consumidores* (DOCE, L, núm. 278, de 11 de noviembre de 1993).

El artículo 1 de la presente Decisión determina su alcance y finalidad. A su tenor, todo Estado miembro que decida adoptar medidas reglamenta-

rias, legales o administrativas destinadas a impedir, restringir o imponer condiciones específicas a la comercialización o utilización en su territorio de un producto o de un lote de productos debido a su falta de conformidad con la normativa comunitaria o nacional que les sea aplicable y que puedan poner en peligro la salud o la seguridad de los consumidores cuando se utilicen en condiciones normales y previsibles, deberá notificarlo a la Comisión.

6. **Directiva 93/99/CEE del Consejo de 29 de octubre de 1993 sobre medidas adicionales relativas al *control oficial de los productos alimenticios* (DOCE, L, núm. 290, de 24 de noviembre de 1993).**
7. **Directiva 93/102/CE de la Comisión de 16 de noviembre de 1993 por la que se modifica la Directiva 79/112/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de *etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios* destinados al consumidor final (DOCE, L, núm. 291, de 25 de noviembre de 1993; *vid. los* núms. 41 y 43 de esta misma *Crónica*).**

MEDIO AMBIENTE

8. **Directiva 93/67/CEE de la Comisión de 20 de julio de 1993 por la que se fijan los principios de evaluación del *riesgo, para el ser humano y el medio ambiente*, de las sustancias notificadas de acuerdo con la Directiva 67/548/CEE del Consejo (DOCE, L, núm. 227, de 8 de septiembre de 1993).**
9. **Directiva 93/76/CEE del Consejo de 13 de septiembre de 1993 relativa a la limitación de las *emisiones de dióxido de carbono* mediante la mejora de la eficacia energética (SAVE) (DOCE, L, núm. 237, de 22 de septiembre de 1993).**
10. **Directiva 93/75/CEE del Consejo de 13 de septiembre de 1993 sobre las condiciones mínimas exigidas a los buques con destino a los puertos marítimos de la Comunidad o que salgan de los mismos y transporten *mercancías peligrosas o contaminantes* (DOCE, L, núm. 247, de 5 de octubre de 1993).**
11. **Reglamento (CEE) n.º 2047/93 de la Comisión de 27 de julio de 1993 por el que se autoriza el comercio de *sustancias que destruyen***

el ozono y productos que contienen dichas sustancias con países y organizaciones que no sean Partes en el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono (DOCE, L, núm. 185, de 28 de julio de 1993).

12. **Directiva 93/59/CEE del Consejo del 28 de junio de 1993 por la que se modifica la Directiva 70/220/CEE relativa a las aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de medidas contra la *contaminación atmosférica* causada por las emisiones de los *vehículos de motor* (DOCE, L, núm. 186, de 28 de julio de 1993; cf. el núm. 33 de la *Crónica* anterior).**
13. **Decisión de la Comisión de 1 de octubre de 1993 para el establecimiento del documento uniforme de seguimiento de los traslados de *residuos radiactivos especificado* en la Directiva 92/3/Euratom del Consejo (DOCE, L, núm. 268, de 29 de octubre de 1993).**
14. **Decisión del Consejo, de 25 de octubre de 1993, relativa a la celebración del *Convenio sobre la diversidad biológica* (DOCE, L, núm. 309, de 13 de diciembre de 1993).**

Queda aprobado en nombre de la Comunidad Económica Europea el Convenio sobre la diversidad biológica firmado en Río de Janeiro en junio de 1992; se acompaña el texto del Convenio, como anexo a la decisión.

TRANSPORTE

15. **Decisión del Consejo de 22 de julio de 1993 relativa a la modificación del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea, el Reino de Noruega y el Reino de Suecia sobre *aviación civil* (93/453/CEE) (DOCE, L, núm. 212, de 23 de agosto de 1993).**
16. **Información relativa a la fecha de entrada en vigor de la Decisión de la Comisión mixta creada en virtud del artículo 13 del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea, el Reino de Noruega y el Reino de Suecia sobre *aviación civil*; y a la fecha de entrada en vigor de la modificación del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea, el Reino de Noruega y el Reino de Suecia sobre *aviación civil* (DOCE, L, núm. 237, de 22 de septiembre de 1993).**

17. **Reglamento CEE n.º 3089/93 del Consejo de 29 de octubre de 1993 que modifica el Reglamento CEE n.º 2299/89 por el que se establece un *código de conducta para los sistemas informatizados de reserva* (DOCE, L, núm. 278, de 11 de noviembre de 1993; *vid.* el núm. 52 de la última *Crónica*).**

18. **Reglamento (CE) núm. 3652/93, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1993, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos entre empresas sobre *sistemas informatizados de reserva para servicios de transporte aéreo* (DOCE, L, núm. 333, de 31 de diciembre de 1993; *vid.* el núm. anterior).**

PROPIEDADES ESPECIALES

19. **Reglamento CEE, núm. 2037/93, de la Comisión, de 27 de julio de 1993, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE), núm. 2081/92, del Consejo relativo a la protección de las *indiciaciones geográficas y de las denominaciones de origen* de los productos agrícolas y alimenticios (DOCE, L, núm. 185, de 28 de julio de 1993).**

A través de este Reglamento se vienen a establecer las disposiciones pertinentes para determinar las condiciones en las que una persona física o jurídica puede presentar, con carácter excepcional, una solicitud de registro (arts. 1 y 2). Se desarrolla, con ello, lo prevenido en el Reglamento 2081/92 (*vid.*, el núm. 15 de la *Crónica* aparecida en *A.D.C.*, 1993, pp. 269-297), especificándose, asimismo, las medidas de cómputo de los plazos de oposición en el momento de iniciar el procedimiento de registro (art. 3).

20. **Directiva 93/83/CEE del Consejo de 27 de septiembre de 1993 sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los *derechos de autor y derechos afines* a los derechos de autor en el ámbito de la *radiodifusión vía satélite* y de la distribución por cable (DOCE, L, núm. 248, de 6 de octubre de 1993).**

La presente Directiva viene a llenar la laguna dejada por la Directiva 89/552 (DOCE, L, núm. 289, de 17 de octubre de 1989), conocida como «Televisión sin fronteras», por lo que al campo de los derechos de autor se refiere. Para comprender la filosofía que ha inspirado al legislador comunitario, es necesario realizar un análisis de la prolija exposición de motivos —consta de treinta y seis considerandos—, que aquí no efectuaremos más que de un modo somero, por evidentes motivos de espacio. Así, los cuatro primeros establecen la importancia del mercado audiovisual dentro

de la Comunidad y los precedentes legislativos; los considerandos 5 a 14 abordan los problemas que van a reflejarse en el complejo artículo 1, que ocupará todo el capítulo I —definiciones—; desde el considerando 15 al 26 se refieren las situaciones planteadas en el ámbito de la radiodifusión vía satélite —capítulo II—; los considerandos 27 a 31 tratan el tema de la distribución mediante redes de cable, mientras que la última serie de considerandos —32 a 36— versa sobre cuestiones comunes a las dos materias y relativas a la aplicación de la Directiva por los Estados miembros. El esquema, básicamente, es el mismo que va a seguir la propia Directiva en su desarrollo.

En el extenso artículo 1 se definen los conceptos de radiodifusión vía satélite (párrafo 1.º —satélite—; párrafo 2.º a) —comunicación al público vía satélite— y distribución por cable (párrafo 3.º) y se aborda la aplicación del Derecho comunitario en materia de radiodifusión vía satélite (párrafos 1 y 2); además se establece el concepto de «entidad de gestión colectiva», junto con el de «autor de obra audiovisual». Por lo que se refiere al derecho aplicable a las emisiones de radiodifusión vía satélite, del análisis de los preceptos se deduce la aplicación del Derecho comunitario como Derecho del país de emisión salvo en los supuestos en que la emisión se produzca desde fuera del territorio comunitario —aunque se reciba en él—, a no ser que la señal portadora se hubiese transmitido desde una estación situada en un Estado miembro (párrafo 2.º epígrafe d. 1) o hubiese sido encargada por una entidad de radiodifusión establecida en un Estado miembro (párrafo 2.º epígrafe d. 2), en cuyo caso, sí resultaría de aplicación el Derecho contenido en la Directiva, siempre que su nivel de protección sea superior al existente en el país emisor no comunitario (párrafo 2.º epígrafe d).

En cuanto a la transmisión por cable, se establece como condición que ha de ser efectuada «para la recepción por el público» y «desde otro Estado miembro» (artículo 1 párrafo 3), por lo que no queda claro si es necesaria la intención de que sea recibida efectivamente la emisión ni entra a regular las emisiones producidas dentro del territorio comunitario que no exceden las fronteras de uno de los Estados miembros.

El autor de la obra audiovisual es el director (párrafo 5 del artículo 1); resulta evidente el contraste con la concepción anglosajona que considera al productor como autor de la obra.

Por lo que a la radiodifusión vía satélite atañe (capítulo II, artículos 2 a 7), se sienta el principio de adquisición mediante contrato del derecho de emisión (art. 2 reconoce el derecho y art. 3 el principio) para, a continuación, pasar a regular el ejercicio del mismo en los contratos de gestión colectiva; recordemos, no obstante, que el principio de adquisición mediante contrato choca frontalmente contra el régimen de licencias obligatorias establecido en el artículo 11 bis 2 del Convenio de Berna de 1886, del que forman parte todos los Estados miembros.

Los artículos 4 a 7 tratan respectivamente los temas de los derechos afines, la relación entre éstos y el derecho de autor, la protección mínima

y las disposiciones transitorias; en todos ellos es obligada la referencia, que en el propio texto se efectúa, a la Directiva 92/100 de 19 de noviembre de 1992 (vid. el núm. 16 de la *Crónica* aparecida en *A.D.C.*, 1993, pp. 269-297).

El capítulo III aborda el tema de la distribución por cable, procediéndose del mismo modo que en el apartado anterior: primero se reconoce el derecho de distribución por cable (artículo 8) y después se establece el principio: solamente podrá ejercerse a través de entidades de gestión colectiva (artículo 9,1); en el caso de los titulares que no hubieran encomendado la gestión de sus derechos a una entidad de gestión colectiva, se considera mandatada para gestionarlos la entidad de gestión colectiva que gestione derechos de la misma categoría (artículo 9,2).

Se regula asimismo el ejercicio del derecho de distribución por cable por entidades de radiodifusión (artículo 10) y las negociaciones para el caso de no suscripción de contrato para la autorización de distribución por cable de una emisión de radiodifusión (artículo 11 —mediadores— y artículo 12 —prevención del abuso de posiciones negociadoras—).

El capítulo IV —disposiciones generales— versa sobre las condiciones necesarias para dar cumplimiento a la Directiva por parte de los Estados miembros.

21. Directiva 93/98/CEE del Consejo de 29 de octubre de 1993 relativa a la armonización del *plazo de protección del derecho de autor* y de determinados derechos afines (DOCE, L, núm. 290, de 24 de noviembre de 1993).

A la vista de que la reglamentación internacional en materia de protección de los derechos de autor (fundamentalmente los convenios de Berna y de Roma) no establecen sino períodos mínimos de protección de dichos derechos y teniendo en cuenta otros datos, como el hecho de que no todos los Estados miembros son parte en la Convención de Roma o el hecho de que la protección mínima otorgada por el Convenio de Berna (del año 1886) no se ajusta a las expectativas de vida actuales, se procede a una armonización de los plazos de protección en relación con cada modalidad concreta, de tal forma que dicho plazo sea idéntico en toda la Comunidad. Las normas que, en este sentido, contiene la Directiva son lo suficientemente inequívocas como para poder asegurar que la labor de los Estados miembros (destinatarios de la misma) va a tener que limitarse prácticamente a su reproducción en la normativa de desarrollo.

La Directiva, además de determinar los plazos (no mínimos ni máximos) de protección de los derechos de autor, establece pormenorizadamente la fecha a partir de la cual tales plazos comienzan a computarse. Dichos plazos son de setenta años para las obras literarias y artísticas contempladas en el artículo 2 del Convenio de Berna, obras cinematográficas o audiovisuales y fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones

intelectuales propias del autor; de cincuenta años para los denominados derechos afines; treinta años para las ediciones críticas y científicas; y veinticinco años para la protección de las obras no publicadas previamente, cuando ya haya expirado la protección de los derechos de autor (el art. 4 concede a quien las publique o comunique lícitamente al público una protección equivalente a la de los derechos económicos del autor durante este plazo). La protección frente a terceros países (obras cuyo país de origen, con arreglo al Convenio de Berna, sea un tercer país y cuyo autor no sea nacional comunitario) parte del principio de protección máxima de conformidad con la del país de origen de la obra y con el límite de los plazos establecidos en la propia Directiva.

La Directiva deja a salvo expresamente la legislación nacional en materia de derechos morales y establece mecanismos que tratan de respetar tanto los derechos adquiridos de terceros, cuanto los compromisos internacionales adquiridos por los Estados miembros. Asimismo, posibilita una especie de *reserva* a lo dispuesto en el artículo 2, 1 («Se considerará autor o coautor al director principal de una obra cinematográfica o audiovisual. Los Estados miembros podrán designar a otros coautores»); en tal sentido, los Estados miembros pueden no aplicar este apartado a las obras cinematográficas o audiovisuales creadas antes del 1 de julio de 1994; la puesta en aplicación de este apartado podrá diferirse hasta el 1 de julio de 1997 (mientras que la directiva ha de haber sido desarrollada antes del 1 de julio de 1995).

CONTRATACIÓN PÚBLICA

22. **Directiva 93/36/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de *contratos públicos de suministros* (DOCE, L, núm. 199, de 9 de agosto de 1993).**
23. **Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de *contratos públicos de obras* (DOCE, L, núm. 199, de 9 de agosto de 1993).**
24. **Directiva 93/38/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de *contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones* (DOCE, L, núm. 199, de 9 de agosto de 1993).**

Las tres directivas antecitadas se dirigen a regular uno de los ámbitos más discutidos, por las implicaciones políticas que posee, de la contratación moderna: el de la contratación pública. A tales efectos y sin entrar en lo

detallado de su regulación (gran parte de sus normas son normas perfectas y acabadas no susceptibles de modificación por los Estados miembros, sus destinatarios directos) los tres textos, que presentan una estructura similar, se esfuerzan por definir su ámbito material y personal de aplicación, haciendo referencia a los tipos de contratos que caen bajo los efectos de la armonización, a los entes públicos o privados vinculados a cuya actividad adjudicadora o adjudicataria se extiende la misma, así como a las condiciones sustantivas y procedimentales de adjudicación. La transparencia en los procesos de adjudicación parece ser en todo momento la guía de la regulación comunitaria que, de otro modo, guarda un absoluto silencio sobre las consecuencias contractuales de la infracción de los requisitos por ella exigidos.

25. **Directiva 93/84/CEE de la Comisión de 30 de septiembre de 1993 por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE relativa a la *transparencia* de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las *empresas públicas* (DOCE, L, núm. 254, de 12 de octubre de 1993).**

POLÍTICA SOCIAL

26. **Reglamento (CEE) n.º 1945/93 del Consejo de 30 de junio de 1993 por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n.º 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de *seguridad social* a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, 574/72 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 y 1247/92 por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1408/71 (DOCE, L, núm. 181 de 23 de julio de 1993).**
27. **Directiva 93/88/CEE del Consejo de 12 de octubre de 1993 por la que se modifica la Directiva 90/679/CEE sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a *agentes biológicos durante el trabajo* (Séptima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DOCE, L, núm. 268, de 29 de octubre de 1993).**
28. **Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del *tiempo de trabajo* (DOCE, L, núm. 307, de 13 de diciembre de 1993).**

La presente Directiva establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, aplicándose a los períodos mínimos de descanso diario, de descanso semanal y de vacaciones anuales, así como a las pausas y a la duración máxima de trabajo semanal; se aplicará, asimismo, a determinados aspectos del trabajo nocturno, del trabajo por turnos y del ritmo de trabajo.

INSTITUCIONAL

29. Reglamento interno de la Comisión de 17 de febrero de 1993 (93/492/Euratom, CECA, CEE) (DOCE, L, núm. 230, de 11 de septiembre de 1993).

30. Decisión del Consejo de 8 de noviembre de 1993 relativa a su denominación tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (DOCE, L, núm. 281, de 16 de noviembre de 1993).

En adelante el Consejo se denominará «Consejo de la Unión Europea» y será designado como tal, en particular en todos los actos que adopte, incluidos los actos de los Títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea; por consiguiente, las declaraciones políticas que adopte el Consejo en virtud de la política exterior y de seguridad común se harán en nombre de la «Unión Europea»

31. Información relativa a la fecha de entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (DOCE, L, núm. 293, de 27 de noviembre de 1993).

El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, ha entrado en vigor el 1 de noviembre de 1993, de conformidad con el apartado 2 de su art. R, habiéndose depositado el último instrumento de ratificación el 13 de octubre de 1993.

32. Decisión del Consejo de 6 de diciembre de 1993 por la que se adopta su Reglamento interno (93/662/CE) (DOCE, L, núm. 304 de 10 de diciembre de 1993).

Desde el 7 de diciembre de 1993, el Consejo de la Unión Europea pasa a regirse en su funcionamiento interno por el presente Reglamento que sustituye al Reglamento interno del Consejo de 24 de julio de 1979, modificado el 20 de julio de 1987.

33. **Directiva 93/109/CEE, del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por las que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales (DOCE, L, núm. 329, de 30 de diciembre de 1993).**

MATERIAS VARIAS

34. **Directiva 93/39/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, por las que se modifican las Directivas 65/65/CEE, 75/318/CEE y 75/319/CEE sobre medicamentos (DOCE, L, núm. 214, de 24 de agosto de 1993).**
35. **Reglamento (CE) n.º 3275/93 del Consejo, de 29 de noviembre de 1993, por el que se prohíbe satisfacer las reclamaciones relativas a contratos y transacciones afectados por la Resolución 883 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y por las resoluciones anexas (DOCE, L, núm. 295, de 30 de noviembre de 1993).**
36. **Directiva 93/16/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos (DOCE, L, núm. 165, de 7 de julio de 1993).**

La presente Directiva supone, fundamentalmente, una *codificación* de un buen número de normas que regulaban su objeto de forma fragmentaria y que habían sido objeto de diversas modificaciones (Directiva 75/362/CEE, del Consejo, de 16 de junio de 1975, sobre reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de médico, Directiva 75/363/CEE, del Consejo, de 16 de junio de 1975, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a las actividades de los médicos y Directiva 86/457/CEE, del Consejo, de 15 de septiembre de 1986, relativa a una formación específica en medicina general). Tal fusión hace que incluso formalmente, aparezcan en el articulado de la presente Directiva plazos y fechas tope que han sido ampliamente sobrepasados por el tiempo al lado de otras específicamente atinentes a la presente regulación. Las Directivas codificadas y coordinadas se corresponden en términos generales con los Títulos I, II y III de la presente, que realiza una exhaustiva regulación de la materia que no podría ser aquí descrita siquiera de forma so-

mera.

37. Directiva 93/96/CEE, del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de *residencia de los estudiantes* (DOCE, L, núm. 317, de 18 de diciembre de 1993; *Vid.* el núm. 58 de la *Crónica anterior*).
38. Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 1993, relativa a la creación de un *banco de datos comunitario* sobre los *accidentes de circulación en carretera* (DOCE, L, núm. 329, de 30 de diciembre de 1993).

B) *Propuestas, proyectos, actividades*

CONSUMO

39. Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de *contratos negociados a distancia* (93/C 308/02) COM(93) 396 final-SYN 411 (Presentada por la Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 149 del Tratado CEE el 7 de octubre de 1993); (DOCE, C, núm. 308, de 15 de noviembre de 1993).

Obviando un comentario global al contenido de esta Propuesta modificada (*vid.*, para ello, el núm. 30 de la *Crónica* aparecida en *A.D.C.*, 1993, pp. 269-297), hemos de señalar como más sobresalientes novedades de la misma las relativas al propio carácter de mínimos de la normativa (art. 18), la introducción de una atención especial a las ventas transfronterizas (ya en exposición de motivos) con una llamada expresa a la protección del consumidor en caso de elección de una ley rectora del contrato perteneciente a un tercer Estado, diversas cuestiones relativas a la información del consumidor y un matizado tratamiento del derecho a apartarse del contrato.

Los Estados miembros, señala el artículo 18, podrán adoptar o mantener en el ámbito de la contratación a distancia cubierta por la Propuesta, disposiciones más estrictas a fin de garantizar un nivel de protección más elevado para los consumidores, siempre que tales medidas sean compatibles con el Tratado CEE. Asimismo, los Estados adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la Propuesta, por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato. Ambas disposiciones se inspiran en el valor de máxima protección al consumidor. La segunda de ellas, amparada en una fundamentación muy similar a la del art. 6,2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (*vid. Crónica anterior*, núm. 4) puede plantear la duda (que también suscita este último precepto) sobre su articulación o coordinación con las disposiciones del Convenio de

Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980 (BOE, 19 de julio de 1993, en vigor para España desde el 1 de septiembre de 1993). Por una parte, el artículo 20 de este Convenio consagra la prioridad de las disposiciones que, en materias específicas, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén contenidas en los actos derivados de las instituciones de las Comunidades Europeas o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos (éste podría ser el supuesto); por otra, el propio Convenio se acompaña de una «Declaración común» en la que los Estados signatarios muestran su preocupación por evitar la dispersión de las normas de conflictos de leyes en una multiplicidad de instrumentos, así como su deseo de que las instituciones de las Comunidades Europeas se esfuercen por adoptar normas de conflicto que estén en armonía con las del Convenio. En este contexto, la llamada efectuada por el nuevo art. 16 de la Propuesta modificada puede implicar una reglamentación estatal *ad hoc* (con la consiguiente dispersión normativa) o conformarse con la regulación que en materia de contratos celebrados con consumidores realiza el artículo 5 del Convenio de Roma, y, en su caso, con la disposición general del artículo 7, 2 del mismo («Las disposiciones del presente convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del Juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato»). En cualquier caso, y al igual que sucede con la Directiva sobre cláusulas abusivas, no todos los supuestos contractuales regulados por la presente Propuesta modificada caen dentro del ámbito material de aplicación del Convenio de Roma, por lo que será interesante seguir el proceso legal o jurisprudencial (paralelamente a lo dispuesto en el art. 7 del citado Convenio de Roma, podrían considerarse las normas de protección del consumidor dictadas en desarrollo de la futura Directiva como imperativamente aplicables al tráfico externo, siempre que la ley —extranjera— eventualmente aplicable fuera menos favorable al mismo) que genere la disposición comunitaria.

La Propuesta modificada, dentro de la política general comunitaria de información contractual al consumidor, señala en su motivación la importancia de que éste sea informado debidamente de las disposiciones contenidas en la (futura) Directiva, así como de la existencia y contenido de los códigos de conducta en este ámbito (se hace una llamada especial a la Recomendación 92/295/CEE de la Comisión relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores; *vid.*, al respecto, el núm. 1 de la *Crónica* aparecida en *A.D.C.*, 1993, pp. 269-297). La plasmación de esta idea en el articulado de la Propuesta (art. 15) es, no obstante, tan vaga como la exposición («Los Estados... velarán por que el consumidor sea informado...»). Otras modificaciones tendentes a la afirmación de la protección al consumidor son la relativa a la información que *toda incitación* a contratar deberá contener en orden a la eventual onerosidad de la utilización de una técnica de comunicación a distancia para la transmisión del

pedido a la ejecución del servicio (en la propuesta esta exigencia sólo amparaba a los supuestos en que el carácter oneroso no resultase evidente); la obligación de que también en la incitación a contratar (y no sólo en el documento contractual o en la información proporcionada al tiempo de la ejecución) aparezca expresamente el *derecho de rescisión* que ampara al consumidor; el derecho de este último a no efectuar ningún pago con anterioridad a la entrega del producto o a la prestación del servicio (art. 8); la mención de la denominación y dirección del establecimiento del proveedor más indicado desde el punto de vista del consumidor, así como otras condiciones contractuales como las condiciones de garantía, datos que han de proporcionarse por escrito a más tardar en el momento de la ejecución; en fin, la naturaleza de los siete días *laborables* de que dispondrá el consumidor para *resolver* el contrato sin motivación alguna (la propuesta no hacía alusión a días laborables o naturales y hablaba de *rescindir* en vez de *resolver*, aunque la rúbrica del art. 12 siga siendo la misma: «Derecho de rescisión») y disposiciones sobre el *dies ad quo* en función del tipo o las circunstancias contractuales.

Al margen de la propia dinámica del contrato, la Propuesta modificada desarrolla los límites a la utilización de determinadas técnicas de comunicación a distancia. Literalmente, «... Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar una protección eficaz al *consumidor que haya dado a entender que no desea ser objeto de tales incitaciones*, sin perjuicio de las garantías que corresponden a toda persona física en virtud de la legislación comunitaria relativa a la protección de la intimidad con respecto al tratamiento de datos personales... Para la utilización de las técnicas enumeradas a continuación se requerirá *consentimiento previo* del consumidor: telefax, correo electrónico, teléfono, sistema automático de llamadas» (los énfasis son nuestros).

40. Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de adquisición de un derecho de utilización a tiempo parcial de uno o varios bienes inmuebles (93/C 299/10) COM(93) 487 final-SYN 419 (Presentada por la Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 149 del Tratado CEE el 7 de octubre de 1993) (DOCE, C, núm. 299, de 5 de noviembre de 1993).

Las modificaciones más relevantes introducidas por la Comisión a lo que era la propuesta de Directiva (*vid.* el núm. 32 de la *Crónica* aparecida en *A.D.C.*, 1993, pp. 269-297) se refieren a la propia concepción del objeto de regulación, al tenor y contenido de la información a proporcionar al comprador y a cualquier persona interesada, al contenido mínimo del contrato; al plazo concedido al comprador para apartarse del contrato, al derecho anejo para rescindir un crédito afecto al contrato, a la prohibición de

base de anticipos del precio y a las normas de Derecho internacional privado.

Sin perjuicio de una remisión al texto, donde aparecen con claridad todos los extremos antedichos, ya desde la exposición de motivos, y a diferencia de la terminología empleada en la Propuesta, se habla de *contratos relativos a la adquisición de un derecho de utilización a tiempo parcial de uno o varios inmuebles*, noción omnicomprendiva en mayor medida de la realidad actual del fenómeno y que se describe en el artículo 2, refiriéndose a la transferencia de un «derecho que presente características de obligación o características de derecho real».

El artículo 5 prevé la existencia y contenido mínimo de un llamado «documento de información» que el vendedor ha de poner a disposición de cualquier persona que lo solicite; en él deberán figurar las menciones de identidad, domicilio y calidad jurídica del vendedor y, en su caso, del propietario del bien inmueble, descripción del mismo cuando esté determinado, información complementaria en caso de que esté aún en construcción, instalaciones de ocio a las que tendrá acceso el futuro comprador y condiciones de dicho acceso, indicación precisa del período de tiempo durante el que el derecho objeto del contrato podrá ser ejercido e información sobre el derecho de rescisión del contrato con indicación precisa de la naturaleza e importe de los gastos que no serán reembolsados al adquirente, así como, en su caso, información del derecho de rescisión del contrato de préstamo vinculado al contrato principal. Este mismo artículo 5 establece una peligrosa salvedad a la necesidad de que el contrato se ciña a la información ofrecida por el vendedor; el «acuerdo expreso de las partes» elude esta necesidad con la sola condición de que el contrato haga expresa mención de los cambios producidos. Las menciones objeto de información así como otras expresamente indicadas en el Anexo de la Propuesta modificada habrán de ser contenido mínimo del contrato, que deberá redactarse por escrito y en una lengua que el adquirente declare conocer.

En cuanto al plazo para ejercer el derecho de rescisión, la Propuesta modificada abandona la dualidad de 14 ó 28 días naturales en función de la situación de los inmuebles sobre los que ejercitar el derecho de disfrute, para establecer un único plazo *mínimo* (el desarrollo de la futura directiva podrá establecer uno mayor) de 28 días naturales a partir del momento de la firma del contrato o de la celebración de un contrato preliminar pero jurídicamente vinculante. La forma de ejercicio del derecho de rescisión bastará con que se ciña a una comunicación hecha en manera que «pueda probarse materialmente» antes de la expiración del plazo.

En materia de prohibición de anticipo del precio convenido, también el acuerdo expreso de las partes puede eludir la misma, posibilitándose un adelanto de hasta el 5 % del precio de venta, impuestos incluidos; en esta cantidad podrá figurar con expresa y separada mención gastos de gestión del expediente que, en ningún caso podrán superar el 1 % del precio de venta y que no serán objeto de reembolso en caso de ejercicio del derecho

de rescisión (la interpretación de considerar estos gastos como integrantes del 5 % de anticipo máximo y no como un 1 % suplementario se acomoda tanto a la finalidad protectora del adquirente, cuanto a la propia letra de la propuesta modificada, aunque no es inequívoca). El reembolso, en su caso, se habrá de efectuar en el plazo máximo de un mes a partir de la fecha de la comunicación de la rescisión.

El adquirente también deberá poseer la posibilidad de rescindir el contrato de préstamo concluido con el vendedor o con un tercero mediante acuerdo suscrito entre el tercero y el vendedor. Ello se apareja a la rescisión del contrato de adquisición, se vincula al plazo para el ejercicio de aquél y a las modalidades que fije cada Estado. También será cada Estado quien determine en su legislación nacional las condiciones para la no vinculación del adquirente a las cláusulas mediante las que éste renuncie a sus derechos o el vendedor se exonere de sus obligaciones (en la Propuesta de hablaba directamente de *nullidad* de las mismas).

Por último, el complejo artículo 9 de la Propuesta, que establecía unas condiciones específicas para ampliar la protección de la Directiva a los supuestos de elección de *lex contractus* (*vid.* su descripción en el núm. 32 de la *Crónica* aparecida en *A.D.C.*, 1993, pp. 269-297) se sustituye por un precepto más abierto en el que se compele a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que el adquirente no se vea privado de la protección concedida por la (futura) Directiva a causa de la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato (cf. en esta misma *Crónica* el comentario al número anterior, con la salvedad de que los contratos a que se refiere la presente Propuesta modificada adoptarán en muchas ocasiones una configuración que les excluya del preciso ámbito de aplicación del art. 5 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales).

41. **Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 2092/91, sobre la *producción agrícola ecológica* y su indicación en los productos agrarios y alimenticios (DOCE, C, núm. 326, de 3 de diciembre de 1993; *vid.* los núms. 5 y 6 de la *Crónica* anterior).**
42. **Libro verde sobre las *garantías de los bienes de consumo y los servicios posventa* (DOCE, C, núm. 338, de 15 de diciembre de 1993).**

La Comisión ha adoptado un Libro verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios posventa con la finalidad de analizar la situación existente, descubrir los problemas a los que se enfrentan los operadores económicos y los consumidores y esbozar posibles soluciones. El Libro no trata el ámbito de la prestación de servicios y se concentra en el tema de la venta de bienes muebles de consumo, duraderos y en estado

nuevo; aquellos cuya compra transfronteriza plantea mayores problemas. El Libro verde (documento COM(93) 509 núm. de catálogo CB-CO93-554-C) está disponible en las oficinas de la Comisión de las Comunidades Europeas de cada Estado miembro. El debate que el texto pretende instaura un período de consultas abierto a todas las personas interesadas hasta el 30 de abril de 1994.

43. Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el empleo de lenguas para la comercialización de los productos alimenticios como consecuencia de la sentencia «Peeters» (DOCE, C, núm. 345, de 23 de diciembre de 1993).

La eventual contradicción entre el principio de libre circulación de mercancías y la protección al consumidor mediante la utilización de una lengua de etiquetado fácilmente inteligible aconsejan a la Comisión una interpretación *ad hoc* del artículo 14 de la Directiva 79/112/CEE, del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (DOCE, L, núm. 33, de 8 de febrero de 1979) a la luz de los arts. 30 y siguientes del Tratado CEE. La STJCE de 18 de junio de 1991, As. C-369/89, *Peeters*, exigía esta interpretación al haber dictaminado que «... la obligación de utilizar exclusivamente la lengua de la región lingüística (de comercialización) constituiría una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa de las importaciones, prohibida por el artículo 30 del Tratado».

A tales efectos, la Comisión distingue claramente la situación de los productos que están destinados a venderse en su estado original a los consumidores de aquellos que no lo están. Es este segundo caso (transacciones entre productores, importadores, mayoristas y revendedores al por menor) la eficacia del artículo 30 TCEE es absoluta. Mayores problemas plantea el primero; para el mismo, el artículo 14, 2 de la mencionada Directiva exige que las indicaciones obligatorias del etiquetado figuren en una lengua fácilmente inteligible para el comprador. En esta llamada a la apreciación de los Estados miembros, la Comisión considera conveniente precisar las condiciones en las que, en virtud de la normativa comunitaria, un Estado miembro tiene derecho a exigir la utilización de su lengua o lenguas oficiales y cuándo está obligado a aceptar el empleo de otras en sustitución de éstas. Así se analiza lo que ha de entenderse por lengua fácilmente inteligible (distinguiendo entre aquella y los «términos y expresiones fácilmente inteligibles»), las condiciones y límites del empleo obligatorio de la lengua oficial y los criterios para el empleo de términos y expresiones fácilmente inteligibles que no pertenezcan a la lengua o a las lenguas oficiales del Estado miembro de venta al consumidor final. En este sentido la Comunicación proporciona la enumeración de las excepciones posibles a la utilización de la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro de comer-

cialización: a) utilización de expresiones y términos generalmente conocidos por el consumidor (ej.: *made in...*); b) utilización de términos intraducibles o que no tienen equivalente en la lengua o las lenguas oficiales del Estado miembro de venta; c) utilización de términos y expresiones fácilmente inteligibles por su parecido ortográfico (ej. a que acude la Comisión: café, mango, puré o soja).

Como observación final, la Comisión considera que el empleo de términos pertenecientes a una lengua que no sea la lengua o las lenguas oficiales para el etiquetado de productos alimenticios vendidos en su estado original al consumidor final debería seguir siendo, en la práctica, una excepción.

44. Pregunta escrita n.º 563/93 del Sr. José Lafuente López a la Comisión de las Comunidades Europeas (30 de marzo de 1993). Asunto: *Protección del consumidor ante el incumplimiento de las normas sobre etiquetado de alimentos* y Respuesta del Sr. Bange-mann en nombre de la Comisión (10 de mayo de 1993) (DOCE, C, núm. 202, de 26 de julio de 1993).

Pregunta: A pesar de la vigencia de la Directiva 79/112/CEE, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la legislación en materia de etiquetado y presentación de los productos alimenticios destinados al consumidor final, suele ocurrir con frecuencia en algunos países comunitarios, como en España, que la unidad de venta, al proceder del troceado en piezas de un producto alimenticio, como el queso, no indica ninguna mención especial y mucho menos la fecha de caducidad, presentándose en un simple envoltorio sin mención alguna.

Tal práctica, bastante extendida en los establecimientos de venta al público de productos alimenticios, supone el conculcar la citada Directiva y el lesionar los intereses del consumidor, pues en no pocas ocasiones el producto referido, queso troceado procedente de una pieza principal, se encuentra en condiciones no aptas para el consumo, por expiración de los plazos en que razonablemente debiera haberse consumido y que debiera haberse consignado en el etiquetado, inexistente en los casos mencionados.

Ante la eventualidad que se viene repitiendo con frecuencia ¿qué puede recomendar la Comisión al consumidor para que se proteja de su indefensión al respecto? y ¿qué advertiría a las autoridades nacionales de control mencionadas que no reparan en tal dejación?

Respuesta: La Directiva 79/112/CEE, modificada en último lugar por la Directiva 91/72/CEE, se refiere al etiquetado de los productos alimenticios destinados a ser entregados, sin ulterior transformación, al consumidor final o a colectivos. El artículo 3 de esta Directiva precisa los datos que debe mencionar obligatoriamente el etiquetado de los productos alimenticios. De todos modos, el artículo 12 de esta misma Directiva prevé, en el caso de productos alimenticios envasados en el punto de venta a petición

del comprador, o preenvasados para su venta inmediata, la posibilidad de que los Estados miembros determinen de qué forma deben efectuarse las menciones previstas en el artículo 3. Los Estados miembros pueden no hacer obligatorias estas menciones, o parte de ellas, a condición de que quede garantizada la información del comprador.

Esta excepción se justifica por el hecho de que, en el caso de productos que se venden a granel, el consumidor, por una parte tiene la posibilidad de juzgar si el producto es o no fresco, y por otra, puede solicitar del vendedor la información necesaria.

El hecho de que, en determinados Estados miembros, los productos preenvasados no lleven las menciones previstas en la Directiva 79/112/CEE es responsabilidad de las autoridades de control de los correspondientes Estados miembros, quienes deben velar por que el comprador reciba, en el punto de venta, una información satisfactoria, en particular en cuanto al etiquetado de la pieza principal.

- 45. Pregunta escrita n.º 1151/93 del Sr. Jaak Vandemeulebroucke al Consejo de las Comunidades Europeas (12 de mayo de 1993). Asunto: *Utilización de las lenguas en el etiquetado*. Respuesta (30 de julio de 1993); (DOCE, C, núm. 241, de 6 de septiembre de 1993; *vid.* el núm. 32 de la *Crónica* anterior y el núm. 43 de la presente).**

Pregunta: Últimamente, el Consejo ha pedido a la Comisión que siga trabajando en un marco comunitario relativo a disposiciones sobre etiquetado. El Consejo adjuntaba a su solicitud una lista de puntos que creía que la Comisión debía abordar.

¿Puede decir el Consejo si opina que la referencia a una etiqueta «inteligible» o «legible» implica también que la etiqueta debe estar redactada en la lengua de la región? ¿Puede decir el Consejo si puede estar de acuerdo con una disposición comunitaria en la que no se mencione la exigencia de la utilización de la lengua de la región?

¿Opina el Consejo que, para proteger a las lenguas de menor difusión de la Comunidad, hay que dar respuesta por medio de una normativa a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto doc. C-369/89?

Respuesta: La Resolución del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre futuras medidas de etiquetado de productos para la protección del consumidor invita a la Comisión a que, en consulta con los Estados miembros y con las partes interesadas (organizaciones de consumidores, de la industria y del comercio), estudie la necesidad y las ventajas de una solución a escala comunitaria y a que, sobre esta base, estudie la posibilidad de establecer un marco comunitario para requisitos en materia de etiquetado.

En las cuestiones que deberá abordar la Comisión, enumeradas en el Anexo de la Resolución, se precisa que ésta debe considerar que el etique-

tado debería ser, en particular, comprensible, es decir, legible y fácil de entender para el consumidor.

A este respecto, se invitó a la Comisión a que presentara al Consejo sus conclusiones lo antes posible, y a que presentara propuestas adecuadas, a más tardar antes de junio de 1994. Entre tanto, la Comisión debería mantener al Consejo informado regularmente de los resultados intermedios de su estudio.

El Consejo no puede pronunciarse todavía sobre las dos primeras preguntas planteadas por Su Señoría, dado que aún no ha recibido las conclusiones ni las posibles propuestas por parte de la Comisión, con el fin de no prejuzgar su posición en futuros trabajos.

Resulta evidente, sin embargo, que la cuestión de la lengua del etiquetado, que plantea Su Señoría, exige una atención particular.

En cuanto a la tercera pregunta, el Consejo recuerda a Su Señoría que los Tratados fijan el modo de acatar las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia.

46. Pregunta escrita n.º 1020/93 de la Sra. Anita Pollack a la Comisión de las Comunidades Europeas (4 de mayo de 1993) (93/C 264/118). Asunto: Acceso a la justicia (por parte del consumidor); respuesta dada por la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (13 de julio de 1993); (DOCE, C, núm. 264, de 29 de septiembre de 1993).

Pregunta: ¿Comparte la Comisión el punto de vista de que los consumidores necesitan en el mercado interior una forma de protección de la que no se benefician actualmente y que es el acceso a la justicia? En consecuencia, ¿está de acuerdo la Comisión con que debería existir a nivel comunitario un sistema de asistencia jurídica para permitir que los ciudadanos se beneficien de dicho acceso a la justicia del que, de lo contrario, deberían prescindir?

Respuesta: El derecho al acceso a la justicia, que es un derecho fundamental con arreglo a lo establecido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo sobre derechos humanos, puede implicar el derecho a asistencia jurídica a las personas que no puedan costearse una representación jurídica (Derecho a un «juicio justo», según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: AIREY contra IRLANDA (1979) 2 E.H.R.R.305.).

Los derechos fundamentales forman parte integral de los principios generales de la legislación comunitaria, tal como ha reconocido siempre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (véase, entre otros, el asunto 222/84, *Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (1986) E.C.R. 555, y el asunto 249/86, *Comisión contra Alemania* (1989) E.C.R. 1286).

Este enfoque se ha visto plenamente confirmado por la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, de 5 de abril de 1977 —(DOCE, C, núm. 103, de 27 de abril de 1977)—, así como en

el apartado 3 del Preámbulo del Acta Única Europea (DOCE, L, núm. 169 de 29 de junio de 1987).

Además, la legislación comunitaria carecería en gran medida de sentido si los ciudadanos no pudieran hacer cumplir efectivamente sus derechos con arreglo a la misma (lo que también implica poder obtener asistencia jurídica cuando sea necesario para dar cumplimiento a estos derechos).

Así pues, la Comisión está de acuerdo en que el derecho al acceso a la justicia implica la existencia de un programa de asistencia jurídica tanto por lo que respecta al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como a las jurisdicciones nacionales.

Es posible obtener asistencia jurídica en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con arreglo al Reglamento de procedimiento del Tribunal (DOCE, L, núm. 350 de 21 de marzo de 1959 y posteriores enmiendas).

La asistencia jurídica en los procedimientos ante las jurisdicciones nacionales se rige por la legislación de los Estados miembros; esta legislación no debe violar el principio de no discriminación (art. 7 del Tratado CEE).

La Comisión es consciente de las grandes diferencias existentes entre las legislaciones nacionales por lo que respecta a las condiciones de obtención de asistencia jurídica, así como al alcance de la misma (por ejemplo: representación jurídica ante los tribunales administrativos).

Es motivo de preocupación para la Comisión que ningún Convenio internacional sobre asistencia jurídica en casos transfronterizos haya sido ratificado por todos los Estados miembros, mientras que sólo se aplican al procedimiento de ejecución la disposición pertinente del Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial, así como las sentencias comerciales y civiles (art. 44).

El Consejo de sociedades jurídicas y de abogacía expresó una preocupación similar en su Resolución de 25 de octubre de 1991, en la que pide la puesta en práctica de la Resolución n.º (78) 8 del Consejo de Europa sobre asistencia jurídica.

En la medida en que esta situación pueda afectar a la eficacia de la legislación comunitaria, la Comisión abordará este problema en el Libro Verde sobre acceso a la justicia e indemnización de los consumidores que tiene previsto, tal como propone el Sr. Diputado.

- 47. Pregunta escrita n.º 1043/93 de la Sra. Christine Oddy a la Comisión de las Comunidades Europeas (4 de mayo de 1993) (93/C 264/124). Asunto: *Prácticas abusivas en la venta de «multipropiedad»*; respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (30 de junio de 1993); (DOCE, C, núm. 264, de 29 de septiembre de 1993; *vid.* el núm. 32 de la *Crónica, A.D.C.*, 1993, pp. 269-297, y el núm. 40 de la presente *Crónica*).**

Pregunta: ¿Está informada la Comisión del continuo acoso a que se ven sometidos los turistas por parte de vendedores de bienes inmobiliarios en régimen de disfrute a tiempo compartido («timeshare»)?

¿Tiene intención la Comisión de modificar la propuesta de directiva sobre la protección de los adquirentes en los contratos «timeshare» con el objeto de que se restrinja la aplicación de presiones indebidas en las técnicas de venta?

Respuesta: La Comisión está al corriente de los problemas a que se enfrentan un cierto número de turistas en relación con la propiedad inmobiliaria en régimen de disfrute a tiempo compartido y, por tanto, ha presentado al Consejo una propuesta de Directiva destinada a proteger a los adquirentes en contratos a tiempo compartido («timeshare»), que se encuentra asimismo en la actualidad sometida a debate en el Parlamento, en donde se están introduciendo mejoras en cooperación con la Comisión.

Se establecen en la propuesta diversas normas para impedir que empresas sin escrúpulos presionen a sus clientes para cerrar contratos precipitadamente, lo que a veces lamentan. Por ejemplo, estas normas obligarían a las empresas a proporcionar a los posibles compradores una amplia información sobre los costes totales de un contrato de este tipo, una descripción completa de la casa, apartamento y otra vivienda ofrecida, así como sobre los gastos adicionales a que podrían verse enfrentados.

Asimismo, permitiría a los adquirentes un plazo mínimo de 28 días para retirarse de un contrato relativo a una propiedad a tiempo compartido en el extranjero, y de 14 días si la propiedad se encuentra en su propio país.

La Comisión considera que estas medidas permitirán a los adquirentes en contratos a tiempo compartido llevar a cabo una elección racional, con la posibilidad de que los Estados miembros adopten disposiciones más favorables a fin de proteger los intereses de los adquirentes.

48. Pregunta escrita n.º 294/93 de Lord O'Hagan a la Comisión de las Comunidades Europeas (24 de febrero de 1993). Asunto: Vacaciones combinadas con garantía; respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (5 de mayo de 1993); (DOCE, C, núm. 288, de 25 de octubre de 1993).

Pregunta: ¿Podría la Comisión exponer hasta qué punto la legislación comunitaria cubre dicha actividad?

Respuesta: Antes del 1 de enero de 1993, los Estados miembros debían tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Dicha Directiva fue adoptada el 13 de junio de 1990 y su objetivo es proteger a los consumidores que contratan viajes combinados en la Comunidad; contiene una serie de importantes normas relativas a la responsabilidad de los organizadores de viajes y detallistas.

La Directiva incluye también una disposición según la cual «el organizador y/o el detallista que sean parte en el contrato facilitarán pruebas suficientes de que, en caso de insolvencia o quiebra, quedarán garantizados el reembolso de los fondos depositados y la repatriación del consumidor». Dicha garantía podrá ofrecerse mediante la adhesión a un fondo de garantía o a través de otras fórmulas, por ejemplo, un seguro.

- 49. Pregunta escrita n.º 2310/92, de la Sra. Pauline Green a la Comisión de las Comunidades Europeas (8 de septiembre de 1992). Asunto: Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos; respuesta del Sr. Bangemann en nombre de la Comisión (27 de mayo de 1993); (DOCE, C, núm. 327, de 3 de diciembre de 1993).**

Pregunta: ¿Anunciará la Comisión cuando llegue a la conclusión de si la ley de protección del consumidor del Reino Unido promulgada en 1987 aplica adecuadamente la Directiva CEE de 1985 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos?

¿Cuándo espera la Comisión comenzar su revisión de la directiva mencionada con el objeto de hacer una recomendación al Consejo antes de 1995 sobre si debería continuar la defensa de asunción voluntaria del riesgo?

¿Cuántos casos se han dado desde 1987 en los Estados miembros en los que se haya invocado la defensa de la asunción voluntaria del riesgo?

Respuesta: La Comisión considera que la Directiva mencionada no ha sido aplicada adecuadamente en el Reino Unido, y ha iniciado en consecuencia un procedimiento de infracción en virtud del artículo 169 del Tratado CEE.

La Comisión espera que Francia y España apliquen la Directiva en un futuro próximo. Tras ello y una vez efectuado el análisis de la legislación de aplicación, la Comisión comenzará a reunir la información pertinente para el informe correspondiente.

La Comisión no posee actualmente ninguna información sobre el número de casos en que, desde 1987, se ha invocado como argumento de defensa la asunción voluntaria del riesgo. Estos datos se conocerán durante la fase de elaboración del informe.

- 50. Pregunta escrita E-1813/93, del Sr. José Apolinario a la Comisión de las Comunidades Europeas (13 de julio de 1993). Asunto: Garantía de los consumidores de «timeshare»; respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la comisión (1 de octubre de 1993); (DOCE, C, núm. 333, de 8 de diciembre de 1993).**

Pregunta: En la propuesta de Directiva relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido, no se adopta una postura sobre las garan-

tías de los adquirentes de tales derechos, remitiendo a la normativa de los Estados miembros.

Dado que considero importante la obligatoriedad del seguro o garantía, ¿puede indicar la Comisión cuáles son las razones políticas o técnico-jurídicas que, eventualmente, justifiquen su no inclusión en la directiva y en el respectivo anexo, así como la posición de la Comisión sobre el régimen de garantías de los consumidores en el «timeshare»?

Respuesta: La Comisión comparte la opinión del Sr. Diputado sobre la importancia de la existencia de garantías para los compradores en los contratos relativos a la utilización de bienes inmobiliarios en régimen de disfrute a tiempo compartido, y es precisamente por este motivo que el texto de la propuesta de directiva hace referencia a ello. En su apartado 3 del artículo 3 se enumeran los casos en los que es preciso establecer garantías para el comprador.

No obstante, hay que señalar la existencia de divergencias importantes por lo que respecta a la manera en que se aborda en cada legislación nacional la cuestión de las garantías, y la uniformización de las disposiciones legislativas en materia de garantías no entraría en ningún caso en el ámbito de la política de protección de los consumidores. Además, esta propuesta representa uno de los casos en los que es preciso aplicar estrictamente el principio de subsidiariedad, ya que parece más eficaz que, en una propuesta tan específica, la legislación nacional aplique las modalidades de garantías vigentes en cada Estado miembro.

La Comisión considera que lo importante es que el texto comunitario obliga al establecimiento de garantías suficientes, y el carácter minimalista del texto permite a los Estados imponer en su legislación las modalidades más adecuadas.

El proyecto de Directiva, tal como se redactó inicialmente, preveía una disposición relativa a las garantías para los compradores que no dejaba a los Estados miembros la libertad de introducir la legislación que les pareciera adecuada en este ámbito. Solamente como consecuencia de las críticas recibidas, sobre todo procedentes del Consejo, se decidió sustituir esta disposición por la que figura en el texto actual de la propuesta de Directiva.

No obstante, habida cuenta de que el procedimiento todavía no ha terminado, el Consejo y el Parlamento podrían introducir modificaciones del texto en el sentido propuesto por el Sr. Diputado.

MEDIO AMBIENTE

- 51. Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 91/689/CEE relativa a los residuos peligrosos (93/C 271/06) COM(93) 425 final (Presentada por la Comisión el 21 de septiembre de 1993) (DOCE, C, núm. 271, de 7 de octubre de 1993).**

52. Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa al *vertido de residuos* (93/C 212/02) COM(93) 275 final-SYN 335 (Presentada por la Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 149 del Tratado CEE el 10 de junio de 1993) (DOCE, C, núm. 212, de 5 de agosto de 1993).
53. Propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo relativo a las *sustancias que agotan la capa de ozono* (93/C 232/07) COM(93) 202 final. Presentada por la Comisión el 3 de agosto de 1993) (DOCE, C, núm. 232, de 28 de agosto de 1993).
54. Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la *incineración de residuos peligrosos* (93/C 190/05) COM(93) 296 final-SYN 406 (Presentada por la Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 149 del Tratado CEE el 22 de junio de 1993) (DOCE, C, núm. 190, de 14 de julio de 1993).

ENTIDADES DE CRÉDITO Y EMPRESAS DE INVERSIÓN

55. Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifican las Directivas 77/780/CEE y 89/646/CEE relativas a las entidades de crédito, las Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, las Directivas 79/267/CEE y 92/96/CEE relativas al seguro directo de vida, y la Directiva 93/22/CEE relativa a las empresas de inversión, con objeto de reforzar la *supervisión de las entidades de crédito* (DOCE, C, núm. 229 de 25 de agosto de 1993).

Acontecimientos como el cierre del *Bank for Credit and Commerce International* y otros análogos llevan a las autoridades comunitarias a reforzar los poderes de las autoridades competentes responsables de la supervisión de las entidades de crédito en los Estados miembros. La propuesta de directiva anotada se dirige a ampliar las competencias de dichas autoridades llevando la medida a la supervisión de las empresas de seguros y las de inversión. Las modificaciones efectuadas en las directivas reseñadas (*vid.* para la última el núm. 25 de la *Crónica* anterior) inciden fundamentalmente en la consecución de un grado de transparencia suficiente para el ejercicio de una supervisión adecuada. A tales efectos, se actúa sobre un aumento cualitativo de la información que debe acompañar a la solicitud de autorización para el acceso a la actividad; sobre la necesidad de comunicar toda alteración sustancial de las condiciones que dieron origen a la concesión de la autorización; sobre la ubicación física de las sedes empresariales que habrán de coincidir con el domicilio social a fin de que las

autoridades competentes puedan mantener el necesario contacto con la administración de tales empresas; además, se amplía la lista de órganos cuya función es esencial para realizar las pesquisas necesarias para la supervisión. Curiosamente, la exposición de motivos de la Propuesta de directiva añade dos aspectos que considerándose convenientes, se obvian en la modificación: por un lado, la oportunidad de que la organización y coordinación del control legal de las cuentas de las distintas entidades que formen un grupo las realice un único auditor; por otra, la concesión a las autoridades competentes de un derecho de veto en la designación o la renovación del mandato de personas encargadas de efectuar el control legal de las cuentas, cuando dichas personas han mostrado indisposición a cooperar con las autoridades competentes o cuando, a juicio de éstas, su conducta haya sido insatisfactoria.

56. **Dictamen sobre la propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 85/611/CEE por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados *organismos de inversión colectiva* en valores mobiliarios (OICVM) (93/C 249/08) (DOCE, C, núm. 249, de 13 de septiembre de 1993).**

57. **Propuesta de Directiva del Consejo relativa a los *sistemas de garantía de inversiones* (93/C 321/11) COM(93) 381 final-SYN 471 (Presentada por la Comisión el 22 de octubre de 1993) (DOCE, C, núm. 321, de 27 de noviembre de 1993).**

LIBERTADES

58. **Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa al *desplazamiento de trabajadores* en el marco de la prestación de servicios (93/C 187/07) COM(93) 225 final-SYN 346 (Presentada por la Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 149 del Tratado CEE el 16 de junio de 1993) (DOCE, C, núm. 187, de 9 de julio de 1993).**

La Propuesta de directiva (DOCE, C, núm. 225, de 30 de agosto de 1991) se modifica a través de la presente incorporando una solución típica en materia de protección de la parte débil (el respeto por la norma más favorable) y regulando con mayor profusión los aspectos relativos a la identificación de las normas aplicables a las relaciones laborales de los trabajadores desplazados, así como a las condiciones de publicidad de las mismas.

En términos generales puede definirse el objetivo de la presente Propuesta modificada como el establecimiento de un «núcleo duro» de disposiciones de protección del trabajador que vinculará a las empresas comunitarias que desplacen trabajadores más allá de las fronteras estatales e incluso a las empresas establecidas fuera de la comunidad cuando desplacen trabajadores a un Estado miembro. La relación laboral transnacional (término de la Propuesta) cobra cada vez más significación en el marco de la prestación de servicios, planteando cada vez más problemas en torno a la legislación aplicable a tal relación y la determinación de las condiciones en que la misma se desarrolla. A estos efectos, la propuesta no olvida la regulación que ya contempla el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales [BOE de 19 de julio de 1993, en vigor para España desde el 1 de septiembre de 1993: art. 6: «No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcione las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo... 2. No obstante lo dispuesto en el art. 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el art. 3, el contrato de trabajo se regirá: a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando con carácter temporal haya sido enviado a otro país, o b) si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador... a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país»]; esta regulación, sin embargo, no se considera suficiente. El complemento específico (que en muchas ocasiones podría estar suficientemente garantizado por el juego conjunto de los artículos 6 y 7 del mencionado Convenio de Roma) se establece ya en el artículo 3, 1 de la Propuesta modificada, donde se dispone que cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, la empresa no podrá privar al trabajador de los términos y las condiciones de trabajo que sean de aplicación (disposiciones legales, reglamentarias, administrativas, de convenios colectivos o laudos arbitrales) para un empleo de las mismas características en el lugar donde se realiza temporalmente el trabajo; en todo caso (y ésta es una de las novedades importantes del texto presente), lo dispuesto en este artículo 3, 1 «... no impedirá la aplicación de las condiciones de trabajo previstas por la legislación aplicable que sean más favorables a los trabajadores» (art. 3, 3).

El nuevo artículo 4 establece los mecanismos de cooperación necesarios para la correcta aplicación de la (futura) Directiva e impone concretos requisitos de publicidad para que los convenios colectivos de aplicación general vigentes en el lugar de trabajo vinculen efectivamente a la empresa que desplaza a sus trabajadores: publicación por una autoridad competente y que resulte fácilmente accesible a la empresa desplazadora.

PROPIEDADES ESPECIALES

59. **Propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación y el tránsito de las mercancías con *usurpación de marca y las mercancías piratas* (93/C 238/15) COM(93) 329 final (Presentada por la Comisión el 16 de agosto de 1993) (DOCE, C, núm. 238, de 2 de septiembre de 1993).**
60. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la *protección jurídica de los diseños* (Presentada por la Comisión el 3 de diciembre de 1993) (DOCE, C, núm. 345, de 23 de diciembre de 1993).**

Sin perjuicio de las disposiciones legales vigentes en la Comunidad o en los Estados miembros relativas a derechos sobre diseños no registrados, marcas, patentes y modelos de utilidad, responsabilidad civil y defensa de la competencia (art. 17 de la Propuesta) se pretende con la presente regulación armonizar la protección de los diseños a través de su registro y de un derecho que confiera a su titular la misma protección en todos los Estados miembros. Para ello se define el objeto de regulación (*diseño* entendido como la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto, que se derive de las especiales características de línea, configuración, color, forma o material del producto en sí o de su ornamentación) y las condiciones de protección del mismo (arts. 3 y siguientes, que definen los conceptos de *diseño nuevo* y *diseño con carácter singular*), así como las situaciones de no reconocimiento de un diseño. Tras su registro, todo diseño que cumpla los requisitos establecidos quedará protegido durante un período de cinco años desde la fecha de depósito de la solicitud; plazo que podrá renovarse por períodos de cinco años hasta un máximo de 25 desde la fecha de depósito.

61. **Pregunta escrita n.º 922/93 de la Sra. Godelieve Quisthoudt-Rowohl a la Comisión de las Comunidades Europeas (27 de abril de 1993) (93/C 280/106). Asunto: *Derecho de patente*. Respuesta del Sr. Vanni d'Archirafi en nombre de la Comisión (14 de julio de 1993); (DOCE, C, núm. 280, de 18 de octubre de 1993).**

Pregunta: 1. ¿Puede indicar la Comisión en qué medida se ha incluido en los trabajos desarrollados hasta la fecha en el ámbito del Derecho europeo de patentes (por ejemplo, acuerdos de Múnich y Luxemburgo) a los inventores, representados en particular por su organización central AEI (Acción europea por la formación, invención e innovación)?

2. ¿Está prevista una mayor participación de esta importante categoría profesional en las consultas que se celebren a este respecto en el futuro?

Respuesta: En respuesta a la pregunta planteada por Su Señoría, cabe señalar que la asociación AEI no participó en las negociaciones que llevaron a la celebración del Convenio de Múnich sobre la concesión de patentes europeas en 1973, ni en las del Convenio de Luxemburgo relativo a la patente europea en el mercado común, celebrado en 1975. Sin embargo, en ambas negociaciones, los intereses de dicha asociación estuvieron representados por la IFIA (Federación Internacinal de Asociaciones de Inventores).

En cuanto a su actuación futura en el ámbito de las patentes de invención, la Comisión tiene la intención de ponerse en contacto con todos los sectores interesados con el fin de proceder a una consulta lo más amplia posible. De esta forma, las asociaciones de inventores, y en particular la AEI, podrán manifestarse y contribuir a las propuestas de la Comisión en este ámbito.

MATERIAS VARIAS: BASES DE DATOS, PLAZOS DE PAGO, MEDIOS AUDIOVISUALES, SUBSIDIARIEDAD, MENORES, CIUDADANÍA EUROPEA, LEASING, CONVENIO DE BRUSELAS, QUIEBRA INTERNACIONAL

62. Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre *protección jurídica de bases de datos* (93/C 308/01) COM(93) 464 final-SYN 393 (Presentada por la Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 149 del Tratado CEE el 4 de octubre de 1993) (DOCE, C, núm. 308, de 15 de noviembre de 1993).

Las modificaciones más sobresalientes introducidas en la Propuesta (*vid.* en la *Crónica, A.D.C.*, 1993, pp. 269-297, el núm. 44 y el comentario) se refieren a la sistemática de la protección así como a la definición del titular de la misma. La propuesta pivotaba, en este segundo aspecto, sobre la persona del autor, mientras que la modificación incide en la persona del «titular de los derechos sobre una base de datos» (el autor de una base de datos, la persona física o jurídica a quien el autor haya concedido legítimamente el derecho a impedir las extracciones no autorizadas de los materiales de una base de datos, y el productor de la misma, *cuando la base de datos no esté protegida mediante los derechos de autor*); asimismo, se desarrolla pormenorizadamente el objeto de la protección (art. 2 de la Propuesta), atribuyendo una autonomía sistemática a los dos grandes bloques de la misma: protección mediante los derechos de autor (régimen general al que se consagra el capítulo II de la Propuesta modificada) y protección a través de lo que la Propuesta modificada llama «derecho *sui generis*», regulado en el capítulo III, y tocante al derecho a impedir las extracciones no autorizadas de una base de datos.

La protección mediante el régimen general de los derechos de autor tiene como destinatarios a todos los *titulares de los derechos* sobre una base de datos, ya sean personas físicas o jurídicas, que cumplan los requi-

sitos establecidos en la legislación nacional o en convenios internacionales sobre derechos de autor aplicables a las obras literarias (art. 4 en relación con art. 6 de la Propuesta modificada); en cuanto al período de protección, se establece que coincidirá con el reconocido para las obras literarias (*vid.*, en este sentido, la Directiva 93/98/CEE del Consejo de 29 de octubre de 1993 relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, en esta misma *Crónica*, núm. 21). En lo que atañe al llamado «derecho *sui generis*» (derecho a impedir actos de extracción y reutilización de la totalidad o parte de los materiales de una base de datos), aunque el artículo 10 habla del «titular de los derechos sobre una base de datos» (a quien se otorga este derecho independientemente de si la base puede acogerse a la protección mediante los derechos de autor), el artículo 13 se refiere exclusivamente al *productor* que sea ciudadano de un Estado miembro o posea su residencia habitual en el territorio de la Comunidad. Esta aparente restricción debe interpretarse en consonancia con la definición que el artículo 1.2 hace de «titular de los derechos sobre una base de datos» y con lo dispuesto en el artículo 10 *in fine*, donde se afirma que «... no se reconocerá este derecho al contenido de una base de datos cuando las obras estén ya protegidas mediante derechos de autor o derechos afines». En cualquier caso, esta duplicidad en las vías de protección (derechos de autor-derecho *sui generis*) acentuada en lo que concierne al período de protección especificado para el segundo (art. 12 de la Propuesta modificada) y reafirmada por la sistemática de la Propuesta (cap. II y cap. III), podría estar aún más definida en relación con el contenido del artículo 10.

- 63. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre los *plazos de pago en las transacciones comerciales* (93/C 249/09) (DOCE, C, núm. 249, de 13 de septiembre de 1993).**

El Dictamen se ciñe a la problemática de los plazos de pago en las relaciones comerciales entre empresas, habiendo quedado fuera de estudio la incidencia de los consumidores en el mercado de adquisición de bienes y servicios (*vid.* Anexo).

- 64. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde de la Comisión: pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior Valoración de la necesidad de una acción comunitaria (93/C 304/07) (DOCE, C, núm. 304, de 10 de noviembre de 1993).**

- 65. Pregunta escrita n.º 2475/92 de Lord O'Hagan a la Comisión de las Comunidades Europeas (8 de octubre de 1992). Asunto: Sub-**

sidariidad. Respuesta del Sr. Delors en nombre de la Comisión (3 de septiembre de 1993); (DOCE, C, núm. 297, de 3 de noviembre de 1993).

Pregunta: ¿En qué medida se aplicaría la subsidiariedad a la legislación que ya está en vigor en la Comunidad Europea?

Respuesta: El Consejo Europeo, en su reunión de Lisboa en junio de 1992, solicitó a la Comisión que elaborase para finales de 1993 un informe de conjunto sobre el reexamen de determinadas normas comunitarias con vistas a adaptarlas al principio de subsidiariedad. En respuesta a la solicitud del Consejo Europeo de Lisboa, la Comisión le transmitió una nota al Consejo Europeo de Edimburgo, que quedó reflejada en sus conclusiones, en la que se incluirán los primeros resultados del reexamen de la legislación en vigor acompañados de ejemplos. De esta forma, la Comisión ha identificado varias familias de reglamentaciones para las que tiene previsto proponer una revisión en 1993.

A tal fin, la Comisión se está esforzando en pasar por la criba la normativa que ya está en vigor con respecto a los dos criterios del principio de subsidiariedad:

— ¿Cuáles son las normativas que ya no se ajustan al criterio de necesidad? Bien porque se pueda dudar de la adecuación de nivel comunitario para la eficacia de la acción, bien porque la plusvalía de la acción no resulte ya evidente con respecto a las acciones llevadas a cabo a nivel nacional;

— ¿Cuáles son las normativas que no se ajustan al criterio de proporcionalidad? Bien porque se encuentran inútilmente detalladas, bien porque podrían revestir no ya la forma de un acto jurídico vinculante sino la de un instrumento más flexible (recomendación, acuerdos con interlocutores sociales, reconocimiento mutuo, etc.)

En este ejercicio, la Comisión estima que resulta indispensable no cuestionar el acervo comunitario. A nivel práctico, tiene previsto dar prioridad al reexamen de legislación antigua.

La Comisión realizará propuestas al Parlamento y al Consejo sobre las reglamentaciones que, a su parecer, podrían revisarse o derogarse. A la espera de la modificación de los textos, la Comisión no ve otra forma en la que podría aplicarse el principio de subsidiariedad a la legislación en vigor.

- 66. Pregunta escrita n.º 607/93 de la Sra. Christine Crawley a la Comisión de las Comunidades Europeas (1 de abril de 1993) (93/C 264/80). Asunto: Niños de padres divorciados o separados. Respuesta del Sr. Vanni d'Archirafi en nombre de la Comisión (11 de junio de 1993); (DOCE, C, núm. 264, de 29 de septiembre de 1993).**

Pregunta: Con el aumento de la movilidad en Europa, existe un mayor índice de casos de niños de padres divorciados o separados que viven con

uno de ellos mientras que el otro reside en otro Estado miembro. Cuando ya no existe una buena comunicación entre los dos progenitores, surgen grandes obstáculos entre ambos para acceder sin problemas al niño (o niños), incluso cuando los procedimientos de acceso han sido fijados formalmente por los tribunales.

¿Qué medidas podría adoptar la Comisión para aliviar esta situación? ¿Se puede adoptar alguna medida para garantizar que los acuerdos judiciales de acceso establecidos en un Estado miembro se puedan hacer cumplir en otro Estado miembro distinto? ¿Qué otras acciones puede emprender la Comisión para mejorar la situación de estos niños?

Respuesta: Su Señoría alude en su pregunta a los graves obstáculos que pueden existir para ejercer el derecho de visita a los hijos cuando la comunicación entre los padres se ha deteriorado. Ésta es una cuestión muy delicada que, en la mayoría de los casos, lleva aparejados problemas de tipo emocional; en ese sentido, hay pocas medidas de orden práctico que la Comisión pueda tomar al respecto. No obstante, dentro del Grupo Europeo de Cooperación Política para aspectos judiciales en materia civil, se está discutiendo la posibilidad de ampliar el Convenio de Bruselas al derecho de familia, y se ha pedido a los Estados miembros que cumplimenten un cuestionario sobre el tema. Tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión europea, la Comisión podrá tomar la iniciativa de celebrar convenios o adoptar acciones comunes en estos ámbitos, en virtud de lo dispuesto en el punto 6 del artículo K.1 y el artículo K.3 de dicho Tratado.

67. Pregunta escrita n.º 1134/93 de la Sra. Chistine Crawley a la Comisión de las Comunidades Europeas (29 de abril de 1993) (93/C 264/128). Asunto: La Ley para la protección de la infancia del Reino Unido. Respuesta del Sr. Flynn en nombre de la Comisión (1 de julio de 1993); (DOCE, C, núm. 264, de 29 de septiembre de 1993).

Pregunta: ¿Es consciente la Comisión de que la Ley para la protección de la infancia del Reino Unido (cuya aplicación comenzará en abril de 1993) discrimina a las madres solteras que se niegan a dar el nombre del padre de sus hijos para obtener ayudas para manutención? La negativa a dar el nombre del padre puede originar una reducción sustancial de las prestaciones de seguridad social. Este hecho puede plantear problemas de especial importancia a las mujeres que han sido objeto de violencias u otras formas de malos tratos y que pueden ser reacias a dar el nombre del padre.

¿Podría la Comisión aclarar si, en el ámbito de la ley comunitaria sobre la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres y en el contexto de la Directiva de 1978 relativa a la igualdad en cuanto a la Seguridad Social, esta disposición del RU es compatible con el Derecho comunitario?

Respuesta: Las cuestiones relativas a la obtención de pensiones alimenticias en el Reino Unido por parte de las madres solteras, tal como se prevé

y establece en el Child Support Act, son competencia exclusiva del Reino Unido. La Comunidad carece de competencias al respecto.

Por otra parte, la Directiva del Consejo de 1978 sobre la igualdad de trato en materia de seguridad social entre hombres y mujeres, hace únicamente referencia a las cuestiones relativas a la seguridad social, y no a la obtención de pensiones alimenticias.

- 68. Pregunta escrita n.º 2546/92 de la Sra. Maartje van Putten a la Comisión de las Comunidades Europeas (27 de octubre de 1992). Asunto: *Tráfico internacional de niños*. Respuesta del Sr. Marín en nombre de la Comisión (6 de abril de 1993); (DOCE, C, núm. 283, de 20 de octubre de 1993).**

Pregunta: 1. ¿Está la Comisión al corriente del simposio de la Interpol sobre delitos cometidos contra niños y jóvenes y que se celebró del 7 al 9 de abril de 1992 en Lyon, donde representantes de la policía federal de Brasil expusieron el caso del tráfico internacional de niños y el hecho extremadamente preocupante de que grandes cantidades de niños raptados y desaparecidos caen en manos de bandas organizadas? Llamó atención la preocupación de la policía federal por la «amplia comercialización de órganos de niños brasileños en el extranjero».

2. ¿Está la Comisión al corriente de que, tal como declaró la policía federal, el tráfico de niños se lleva a cabo bajo la cobertura de la adopción internacional? Una de las circunstancias principales que permite el tráfico de niños es que unas 500.000 chicas en torno a la edad de 13 años trabajan como prostitutas en Brasil, a consecuencia de lo cual nace una inmensa cantidad de niños que corren el riesgo de convertirse en víctimas de adopciones ilegales.

3. En el contexto de la ayuda al desarrollo del Brasil, ¿está la Comisión dispuesta a apoyar a aquellos sectores en la sociedad brasileña, como, por ejemplo, la policía federal en su investigación o el Movimiento nacional para los niños callejeros, que se oponen enérgicamente al tráfico de niños y a la difícil situación de los centenares de miles de niños callejeros en general?

Respuesta: 1. La Comisión dedica gran atención al problema de las personas que no cuentan con protección jurídica o judicial en numerosos países del mundo y, concretamente, también en Brasil. Como usted bien indica, la Interpol celebró en Lyon en 1992 un simposio sobre la cuestión de los crímenes y delitos cometidos por los niños y adolescentes de Brasil. En el curso de dicho simposio se debatieron las cuestiones relativas al comercio de niños y al tráfico de órganos.

2 y 3. Estas cuestiones, especialmente dolorosas, requieren competencias y medios de los que, por desgracia, carece en gran medida la Comunidad. El nuevo Acuerdo entre la Comunidad y Brasil incluye disposiciones particulares que ofrecen posibilidades reales de acción en favor de los niños

abandonados y maltratados. Además, debe señalarse que la Comisión realiza un esfuerzo por aportar una contribución específica al problema, definiendo y aplicando las acciones que juzga apropiadas en forma de proyectos piloto dentro del marco de un programa de acción.

- 69. Pregunta escrita n.º 2958/92 del Sr. Sotiris Kostopoulos a la Comisión de las Comunidades Europeas (24 de noviembre de 1992) (93/C 264/08). Asunto: La ciudadanía europea. Respuesta del Sr. Delors en nombre de la Comisión (4 de junio de 1993); (DOCE, C, núm. 264, de 29 de septiembre de 1993).**

Pregunta: Visto que en la nueva segunda parte del Tratado de la Unión Europea, y concretamente en su artículo 8, se crea una ciudadanía de la Unión: la europea, ¿está en el ánimo de la Comisión proponer a las autoridades de los Estados miembros la observancia del citado artículo y con qué medios?

Respuesta: El apartado 2 del artículo 8 del Tratado CE, tal como quedará modificado por el Tratado de la Unión Europea, prevé que «los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado». Algunos de los derechos que se contemplan son los que se derivan ya de las disposiciones del Tratado y del Derecho comunitario secundario actual (tales como por ejemplo, las relativas a la libre circulación y a la residencia de todos los nacionales de los Estados miembros); otros son nuevos derechos previstos por el Tratado CE modificado por el Tratado de la Unión Europea y otorgados en virtud de éste (como el derecho a voto en las elecciones municipales y del Parlamento Europeo). Algunos de estos derechos surten efecto directo; para otros, las instituciones comunitarias o, dado el caso, los Estados miembros, deben aún adoptar modalidades de aplicación.

La violación de algunos de dichos derechos por las autoridades de un Estado miembro constituirá, como ya ocurre hoy día en determinados casos, un incumplimiento de las obligaciones comunitarias, cuya comprobación podría solicitar la Comisión al Tribunal de Justicia, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 169 del Tratado. En cualquier caso, los ciudadanos podrán solicitar al juez nacional que las autoridades respeten aquellos derechos que surten efecto directo.

- 70. Pregunta escrita n.º 2071/90 de los Sres. Jesús Cabezón Alonso y José Álvarez de Paz a la Comisión de las Comunidades Europeas (5 de septiembre de 1990) (93/C 280/01). Asunto: Extranjería, ciudadanía europea y cooperación al desarrollo. Respuesta del Sr. Delors en nombre de la Comisión (2 de julio de 1993); (DOCE, C, núm. 280, de 18 de octubre de 1993).**

Pregunta: El futuro modelo social europeo no podrá contraponer la defensa de los derechos del hombre (en tierras propias y ajenas) a la defensa de los derechos de los ciudadanos de la CEE.

Cualquier diferencia administrativa o jurídica en materia de extranjerías corre el riesgo de ser articulada en el razonamiento racista y xenófobo, como reconocimiento y justificación de otras diferencias.

¿Tiene la Comisión intención de integrar (con alguna fórmula adecuada) en el futuro estatuto de ciudadanía europea, sugerido por el Presidente del Gobierno español don Felipe González, a los extranjeros legalmente establecidos en la CEE?

¿Piensa que una política real de integración, que tenga en cuenta la presencia de las familias de los efectivos humanos extranjeros puede ser una importante contribución al desarrollo y cooperación de los países de origen de muchos de ellos?

¿Dispone la Comisión de algún análisis sobre este tema?

Respuesta: La Comisión, tras la petición del Consejo Europeo de Estrasburgo, ha dispuesto la preparación, por parte de expertos, de un informe sobre la integración social de los inmigrados que ha sido puesto en conocimiento del Parlamento Europeo. Remite asimismo a su comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la inmigración, así como a las orientaciones para una política comunitaria de las migraciones.

Se trata de una constante en el enfoque comunitario de tender hacia la igualdad de trato en materia de condiciones de vida y de trabajo entre todos los emigrantes, cualquiera que sea su origen, y los trabajadores nacionales.

La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores confirma «que corresponde a los Estados miembros garantizar que los trabajadores de terceros países que residen legalmente... puedan beneficiarse de un trato comparable al que reciben los trabajadores de dicho Estado miembro», todo ello con un espíritu de no discriminación que tenga presente «la lucha contra la exclusión social».

La Comunidad apoya acciones de las ONG para la mejora del marco social de los trabajadores nacionales de terceros Estados que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros.

En lo referente al estatuto del ciudadano europeo, el apartado 1 del artículo 8 del proyecto de Tratado de la Unión Europea prevé que «será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro».

- 71. Pregunta escrita n.º 3218/92 del Sr. José Lafuente López a la Comisión de las Comunidades Europeas (6 de enero de 1993) (93/C 258/55). Asunto: Posibilidad de utilizar el «leasing» inmobiliario para adquirir la vivienda de uso propio. Respuesta del Sr. Vanni d'Archirafi en nombre de la Comisión (5 de abril de 1993); (DO-CE, C, núm. 258, de 22 de septiembre de 1993).**

Pregunta: Entre las distintas modalidades de instrumentación financiera para la adquisición de la vivienda de propio uso se ha acentuado, últimamente, el uso del «leasing» inmobiliario que, en relación a las otras modalidades que puede usar el adquirente del inmueble en cuestión, refleja ciertas ventajas por lo que respecta a flexibilidad y «comodidad» de pago.

No obstante, el uso del «leasing» inmobiliario para la adquisición de la primera vivienda de uso propio, no es posible en todos los países miembros, pues hay países comunitarios en donde se especifica, taxativamente, que dentro de las modalidades del «leasing» inmobiliario no cabe incluir a la adquisición de viviendas.

¿Puede indicar la Comisión si, de acuerdo con la legislación comunitaria sobre el particular, es posible que se establezca esta diferenciación en virtud de la cual existe la mencionada discriminación para que unos ciudadanos sí, y otros no, según el país comunitario al que pertenezcan, pueden adquirir sus viviendas de uso propio mediante la modalidad de «leasing» inmobiliario?

Respuesta: En la mayoría de los Estados miembros los únicos edificios sujetos al arrendamiento con opción a compra son los utilizados con fines comerciales. No hay razón alguna para que la Comisión intervenga en este sector (principio de subsidiariedad).

Así, la cuestión planteada por Su Señoría es un problema de orden interno de los Estados miembros. En efecto, compete a cada uno de ellos la regulación de las actividades efectuadas dentro de su propio territorio siempre que no tengan una repercusión importante en el comercio intracomunitario.

72. Pregunta escrita n.º 146/93 del Sr. Bruno Boissière (V) a la Comisión de las Comunidades Europeas (15 de febrero de 1993) (93/C 202/19). Asunto: Competencia judicial y ejecución de las sentencias en materia civil y comercial. Respuesta del Sr. Vanni d'Archirafi en nombre de la Comisión (10 de mayo de 1993); (DOCE, C, núm. 202, de 26 de julio de 1993).

Pregunta: ¿Podría la Comisión informar acerca de la aplicación territorial del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968?

¿Es cierto que dicho Convenio aún no es aplicable en las relaciones judiciales entre Portugal y España, por una parte, y Alemania, Bélgica, Dinamarca e Irlanda por otra?

¿Qué piensa hacer la Comisión para hacer frente a esta situación lamentable que puede crear distorsiones en el Mercado Único?

Respuesta: El Convenio de San Sebastián de 1989, por el que se regula la adhesión de España y Portugal al Convenio de Bruselas no ha sido aún ratificado por Alemania, Irlanda, Bélgica y Dinamarca. Es cierto, por tanto, que dicho Convenio aún no es aplicable en las relaciones judiciales entre estos cuatro Estados miembros y España y Portugal. Ante esta situación,

la Comisión ha instado a estos últimos signatarios a que ratifiquen el Convenio lo antes posible. Dinamarca ha comunicado a la Comisión que está ultimando los trámites oportunos.

- 73. Pregunta escrita n.º 502/93 de los Sres. Florus Wijsenbeek y Gijs de Vries (LDR) a la Comisión de las Comunidades Europeas (12 de marzo de 1993) (93/C202/60). Asunto: Liquidación administrativa de las quiebras y suspensiones de pagos de las empresas transfronterizas. Respuesta del Sr. Vanni d'Archirarl en nombre de la Comisión (14 de mayo de 1993); (DOCE, C, núm. 202, de 26 de julio de 1993).**

Pregunta: ¿Es consciente la Comisión de que la liquidación administrativa de la reciente suspensión de pagos de la empresa DAF se lleva a cabo en los Países Bajos y en Bélgica?

¿Es consciente asimismo la Comisión de que los administradores legales nombrados por los organismos gubernamentales sólo están reconocidos en los Países Bajos y de que carecen de competencias en los otros Estados miembros?

¿No cree la Comisión que la internacionalización cada vez mayor del mundo empresarial hace necesario que se adopten medidas en relación con los hechos mencionados?

¿Está dispuesta la Comisión a emprender una iniciativa legislativa al respecto?

¿Puede indicar asimismo la Comisión en qué situación se encuentra la elaboración de las normas europeas en materia de la quiebra de empresas, cuya adopción se espera desde hace tantos años?

¿Opina todavía que lo antedicho debe correr por cuenta del Consejo de Europa, aun cuando éste no ha presentado ningún resultado concreto desde 1983?

¿No se siente obligada a elaborar, aparte de la legislación en materia de la constitución de una sociedad anónima europea, igualmente un conjunto de normas relativas a la finalización de la actividad de una sociedad anónima europea?

En caso afirmativo, ¿en qué manera?

En caso negativo, ¿por qué no?

Respuesta: El Convenio de Bruselas, de 17 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, aprobado por los Estados miembros de la CEE en virtud del artículo 220 del Tratado CEE, excluye la quiebra de su ámbito de aplicación, dado que las características de esta materia requieren normas especiales.

En los años posteriores a esta aprobación, se trabajó sin éxito en la elaboración de un Convenio específico relativo a las quiebras, convenios de acreedores y procedimientos análogos. Al adoptar el Consejo de Europa,

el 5 de junio de 1990, el Convenio sobre la quiebra (que aún no ha entrado en vigor), los Estados miembros reanudaron y aceleraron su labor en este ámbito.

El proyecto actual de Convenio sobre los procedimientos de insolvencia se halla en una fase avanzada de examen y debería aprobarse hacia finales de 1993.

Por último, dado que no existe armonización en este ámbito, la propuesta de Reglamento del Consejo sobre la sociedad europea remite al derecho nacional aplicable.

II. JURISPRUDENCIA DEL TJCE Y DEL TPICE

MERCANCÍAS

74. **STJCE de 8 de junio de 1993, Asunto C-373/92. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica. Incumplimiento de Estado. Arts. 30 y 36 TCEE. Importación de accesorios médicos esterilizados. Pruebas o análisis realizados en el Estado miembro de importación, ya efectuados en el Estado miembro de origen. Incompatibilidad con el Derecho comunitario.***

75. **STJCE de 1 de julio de 1993, Asunto C-207/91. *Eurim-Pharm GmbH contra Bundesgesundheitsamt. Cuestión prejudicial. Arts. 13 y 20 del Acuerdo de libre comercio entre la Comunidad y la República de Austria. Importación paralela de medicamentos. Solicitud de comercialización: sometimiento a autorización ya otorgada a productos idénticos. Restricción cuantitativa a la importación. Medida de efecto equivalente.***

76. **STJCE de 6 de julio de 1993, Asuntos acumulados C-121/91 y C-122/91. *CT Control y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas. Importación de productos provenientes de un Estado ACP. Certificado EUR 1 no ajustado a Derecho. Recaudación a posteriori de los importes no percibidos. Decisión de la Comisión por la que se deniega la condonación de Derechos a la importación. Recurso de anulación: no.***

77. **STJCE de 2 de agosto de 1993, Asunto C-266/91. *Celulose Beira Industrial (CELBI), S.A., contra Fazenda Pública. Cuestión prejudicial. Artículos 9, 12 y siguientes, 30, 92 y 95 del Tratado CEE. Exacción parafiscal aplicable indistintamente a productos nacionales e importados. Ingresos destinados íntegramente a financiar ventajas para productos nacionales: vulneración del art. 12***

TCEE. Ingresos destinados parcialmente a financiar ventajas para productos nacionales: vulneración del art. 92 TCEE.

78. STJCE de 12 de octubre de 1993, Asunto C-37/92. *Ministère public contra J. Vanacker y otros*. Cuestión prejudicial. Arts. 30 a 36 del Tratado CEE y Directiva 75/439/CEE, del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la gestión de aceites usados. Libre circulación de mercancías. Autorización de recogida y eliminación a empresas nacionales. Obstáculos a las exportaciones. Restricciones a la libre prestación de servicios.
79. STJCE de 13 de octubre de 1993, Asunto C-93/92. *CMC Motorradcenter GmbH contra Pelin Baskiciogullari*. Cuestión prejudicial. Art. 30 del Tratado CEE. Venta de producto objeto de *importación paralela* a los concesionarios oficiales. Obligación de informar al cliente: *culpa «in contrahendo»*. *Medida de efecto equivalente*: no. El art. 30 del Tratado CEE no se opone a que una norma jurisprudencial de un Estado miembro imponga la *obligación de informar en las relaciones precontractuales*.
80. STJCE de 13 de octubre de 1993, Asunto C-378/92. *Comisión contra Reino de España*. Incumplimiento. Directiva 88/658/CEE, del Consejo, de 14 de diciembre de 1988, por la que se modifica la Directiva 77/99/CEE, relativa a los problemas sanitarios en materia de intercambios intracomunitarios de productos a base de carnes. Falta de adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado.
81. STJCE de 27 de octubre de 1993, Asuntos acumulados C-46/90 y C-93/91. *M. le Procureur du Roi contra J. M. Lagache y otros*. Cuestiones prejudiciales. Arts. 30 a 37 y 86 del Tratado CEE. Directiva 88/301/CEE, de la Comisión, de 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones. Homologación nacional de *terminales de radiocomunicación*: empresa pública. Autorización para la utilización de tales terminales.
82. STJCE de 24 de noviembre de 1993, Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91. *Bernard Keck y Daniel Mithouard*. Cuestiones prejudiciales. Procesos penales. Art. 30 del Tratado CEE. Libre circulación de mercancías. Reventa de productos en el mismo estado en que se recibieron a precios inferiores a su precio de compra

efectivo. Legislación nacional que prohíbe con carácter general la *reventa a pérdida*. No vulnera el art. 30 del Tratado.

LIBERTADES

83. STJCE de 1 de julio de 1993, Asunto C-20/92. *A. Hubbard contra P. Hamburger*. Cuestiones prejudiciales. Artículos 7, apartado 1 y 59 del Tratado CEE. Igualdad de trato. Libre prestación de servicios. Sucesiones. *Albacea extranjero*. Exigencia de *cautio iudicatum solvi*. Discriminación por razón de nacionalidad. Igualdad no sometida a la existencia de acuerdos internacionales concluidos por los Estados miembros.
84. STJCE de 13 de julio de 1993, Asunto C-42/92 *A. Thijssen contra Controledienst voor de Verzekeringen*. Cuestión prejudicial. Libertad de establecimiento. Art. 55,1 del Tratado CEE. Ejercicio del poder público. *Inspección de entidades aseguradoras*. Cargo de Inspector autorizado. Mera función auxiliar y preparatoria: no aplicación de la excepción prevista para el ejercicio de poder público.
85. STJCE de 2 de agosto de 1993, Asuntos acumulados C-259/91, C-331/91 y C-332/91. *P. Allué e.a. contra Università degli studi di Venezia e.a.* Cuestión prejudicial. Apartado 2 del artículo 48 del Tratado CEE. Libre circulación de trabajadores. *Lectores de lengua extranjera*. Duración de los contratos de trabajo: límite de un año, con posibilidad de renovación. Vulneración del Tratado (en igual sentido, STJCE de 20 de octubre de 1993. Asunto C-272/92, *Maria Chiara Spotti contra Freistaat Bayern*).
86. STJCE de 29 de junio de 1993, Asunto C-316/92. *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 87/540/CEE, del Consejo, de 9 de noviembre de 1987, relativa al acceso a la profesión de *transportista de mercancías* por vía navegable en el sector de los transportes nacionales e internacionales y encaminada al reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos relativos a dicha profesión.
87. STJCE de 16 de noviembre de 1993, Asuntos acumulados C-20/93 y C-21/93. *DKV contra Générale de Banque y DKV y Mobil Oil contra AG de 1824 y Générale de Banque*. Cuestión prejudicial. Art. 3 de la Directiva 74/561/CEE, del Consejo, relativa al acceso

a la profesión de transportista de mercancías por carretera en el sector de los transportes nacionales e internacionales. No determina los créditos que deben ser cubiertos por una fianza cuando un Estado miembro elige establecer dicho sistema para garantizar la capacidad económica de los transportistas.

COMPETENCIA

88. STJCE de 15 de junio de 1993, Asunto C-225/91. *Matra, S.A., contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayuda de Estado. *Denuncia de un competidor*. Recurso de anulación de la Decisión que consiente la ayuda. Error en la apreciación de la Comisión: exceso de capacidad productiva (no), desventaja regional (no). Infracción de las normas de procedimiento: falta de apertura del procedimiento de examen del art. 93,2 TCEE (no). Desestimación.
89. STJCE de 22 de junio de 1993, Asunto C-243/89. *Comisión contra Reino de Dinamarca*. Adjudicación de un contrato de obras. Puente sobre el «Storebaelt» Arts. 30, 48 y 59 TCEE. Directiva 71/305/CEE, del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los *contratos públicos de obra*. Preferencia por la utilización de materiales, bienes de consumo, mano de obra y equipamiento daneses. Desajuste entre el pliego de condiciones y la oferta. Vulneración del Derecho Comunitario.
90. STPICE de 29 de junio de 1993, Asunto T-7/92. *Asia Motor France contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. *Prácticas colusorias en el sector del automóvil*. Obligaciones en materia de instrucción de denuncias. Legalidad de los motivos de su archivo. Error manifiesto de apreciación de los hechos. Error de Derecho cometido por la Comisión en la aplicación del art. 85 del Tratado CEE.
91. Auto TPICE de 6 de julio de 1993, Asunto T-12/93 R: *Comité Central d'Entreprise de la société anonyme Vittel y otros contra Comisión*. Competencia. Decisión que declara compatible con el mercado común una *operación de concentración*. Recurso de anulación. Medidas provisionales. Comparación de los intereses en litigio. Existencia de un perjuicio grave e irreparable (no). Desestimación.

92. STJCE de 2 de agosto de 1993, Asunto C-107/92. *Comisión contra República Italiana*. Incumplimiento de Estado. Directiva 71/305/CEE, del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de *contratos públicos de obras*. Ausencia de publicación del anuncio de licitación.

93. STPICE de 28 de octubre de 1993, Asunto T-83/92. *Zunis Holding, S.A., y otros contra Comisión*. Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4064/89, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de *concentración entre empresas*. Valoración de la existencia de «*influencia determinante*» sobre la empresa: inexistencia. Recurso de anulación por errónea valoración. Inadmisibilidad.

94. STJCE de 10 de noviembre de 1993, Asunto C-60/92, *Otto BV contra Postbank NV*. Cuestión prejudicial. Art. 5 del Tratado CEE y *principios generales* del Derecho comunitario que rigen los *procedimientos relativos a los arts. 85 y 86 del Tratado*. Competencia. Respeto del derecho de defensa. Principio de que una empresa no está obligada a responder a preguntas cuando la respuesta comporte el reconocimiento de una infracción de las normas en materia de competencia. No es obligatorio en los procedimientos civiles entre particulares.

95. STJCE de 10 de noviembre de 1993, Asunto C-39/92. *Petróleos de Portugal-Petrogal, S.A., contra Correia, Simões & Companhia Limitada y otros*. Cuestión prejudicial. Art. 85,2 del Tratado CEE. Art. 12, letra c) del Reglamento (CEE) núm. 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a categorías de *acuerdos de compra exclusiva*. Resolución unilateral de contrato de compra en exclusiva.

96. STJCE de 17 de noviembre de 1993, Asunto C-2/91. *M. Meng*. Cuestión prejudicial. Art. 3, letra f), 5, párrafo segundo, y 85,1 del Tratado CEE. *Mediadores de seguros*. Normativa estatal que prohíbe conceder comisiones o *bonificaciones a los clientes*. No contrariedad con el Tratado si no existe ninguna relación con las conductas de empresas contempladas en el art. 85,1 del Tratado (en idéntico sentido, STJCE de 17 de noviembre de 1993, Asunto C245/91. *Ohra Schadeverzekeringen NV*).

97. STJCE de 17 de noviembre de 1993, Asunto C-185/91. *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr contra Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG*. Cuestión prejudicial. Transportes por carretera. Normativa estatal que posibilita la fijación de las *tarifas de los transportes por carretera de mercancías a larga distancia a través de Comisiones de Tarifas*. Requisitos de su actividad para acomodarse a las exigencias de los artículos 3, letra f), 5, párrafo segundo, y 85 del Tratado CEE.

POLÍTICA SOCIAL

98. STJCE de 9 de junio de 1993, Asunto C-95/92. *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana*. Protección radiológica de las personas sometidas a tratamiento médico. *Incumplimiento de Estado*. Directiva 84/466/Euratom del Consejo. Insuficiencia de la normativa estatal que no incorpora los términos de la Directiva, que no ha sido publicada y que puede ser modificada al arbitrio de la administración.
99. STJCE de 1 de julio de 1993, Asunto C-154/92. *R. Van Cant contra Rijksdienst voor pensioenen*. Cuestiones prejudiciales. Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del *principio de igualdad de trato* entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Pensión de vejez. Normativa nacional: modo de cálculo. Diferencia en función del sexo. Infracción de la Directiva.
100. STJCE de 2 de agosto de 1993, Asunto C-158/91. *Ministère public e. a. contra Jean-Claude Levy*. Cuestión prejudicial. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Prohibición legal del *trabajo nocturno de las mujeres*. Convenio n.º 89 de la Organización Internacional del Trabajo que prohíbe el trabajo nocturno de las mujeres. Obligación de respeto a las disposiciones de un Convenio internacional celebrado, con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado CEE, con Estados terceros.
101. STJCE de 2 de agosto de 1993, Asunto C-271/91. *M.H. Marshall contra Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*. Cuestión prejudicial. Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de *igualdad de trato* entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y la promoción profesionales y

a las condiciones de trabajo: art. 6: alegación. Derecho a una indemnización de daños y perjuicios en caso de discriminación.

102. STJCE de 2 de agosto de 1993, Asunto C-23/92. *M. Grana-Novoa contra Landesversicherungsanstalt Hessen*. Cuestión prejudicial. Art. 7 del Tratado CEE y Reglamento 1408/71, del Consejo, en su versión codificada por el Reglamento 2001/83, del Consejo. *Seguridad Social* de los trabajadores migrantes. Igualdad de trato. Convenio celebrado entre un Estado miembro y un país tercero: no es «legislación» a los efectos del Reglamento 1408/71.
103. STJCE de 6 de octubre de 1993, Asunto C-109/91. *G. C. Ten Oever c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers en Schoonmaakbedrijf*. Igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos. Pensión de supervivencia. Art. 119 del Tratado CEE: alegación directa a *Planes de Pensiones de Empresa*. Limitación de los efectos en el tiempo de la sentencia C-262/88, *Barber*.
104. STJCE de 27 de octubre de 1993, Asunto C-337/91. *A. M. van Gemert-Derks contra Bestuur van de Nieuwe Industriële Bedrijfsvereniging*. Cuestiones prejudiciales. Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del *principio de igualdad de trato* entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Supresión de una prestación por incapacidad laboral en caso de concesión de una prestación de supervivencia.
105. STJCE de 27 de octubre de 1993. Asunto C-338/91. *H. Steenhorst-Neerings c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen*. Igualdad entre hombres y mujeres. Seguridad Social. Limitación del efecto retroactivo de una solicitud de prestación. Paso de una prestación por incapacidad laboral a una prestación de supervivencia.

INSTITUCIONAL

106. STJCE de 16 de junio de 1993, Asunto C-325/91. *República Francesa contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Acto impugnado. Comunicación de la Comisión a los Estados miembros relativa a la aplicación de determinada Directiva. Publicación en la Serie C del DOCE. Establecimiento de nuevas obligaciones en re-

lación con las disposiciones de la Directiva. Acto con efectos jurídicos propios. Posibilidad de impugnación del acto: sí.

107. STJCE de 17 de junio de 1993, Asunto C-88/92. *Jansen van Rosendaal contra Staatssecretaris ven Financien*. Cuestión prejudicial. Art. 14 del Protocolo sobre los Privilegios e Inmunidades de las Comunidades Europeas. Posibilidad de elección del domicilio fiscal del funcionario de las Comunidades: no.
108. STJCE de 29 de junio de 1993, Asunto C-298/89. *Gobierno de Gibraltar contra Consejo*. Recurso de anulación del apartado 2 del art. 2 de la Directiva 89/463/CEE, del Consejo. Autorización de servicios aéreos regulares interregionales. Declaración conjunta de los ministros de Asuntos exteriores de España y Reino Unido de 2 de diciembre de 1987. Suspensión de la aplicación de la directiva al aeropuerto de Gibraltar. Procedencia. No anulación.

MÁTERIAS VARIAS: CONSUMO, COMPETENCIA JUDICIAL, DERECHOS DE AUTOR, DERECHOS DE LAS EMPRESAS, MEDIO AMBIENTE

109. STJCE de 22 de junio de 1993, Asunto C-222/91. *Ministero delle Finanze y otro contra Philip Morris Belgium, S.A., y otros*. Cuestiones prejudiciales. Interpretación del art. 4 de la Directiva 89/662/CEE, del Consejo. *Etiquetado de los productos del tabaco*. Colocación de advertencias relativas a la salud en las unidades de envasado de los productos del tabaco. Alcance de las exigencias que pueden establecer los Estados miembros en la normativa de ejecución. Directiva 92/41/CEE, del Consejo, por la que se modifica la Directiva 89/662/CEE.
110. STJCE de 7 de julio de 1993, Asunto C-217/91. *Reino de España contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Recurso de anulación: párrafo 2 del apartado 3 del art. 7bis del Reglamento núm. 1014/90, de la Comisión por el que se establecen las disposiciones de aplicación para la definición, designación y *presentación de las bebidas espirituosas* en su versión modificada por el Reglamento núm. 1781/91. Requisitos para la utilización de los términos compuestos con la palabra «brandy». Competencia de la Comisión. *Protección a los consumidores*. Principio de no discriminación. Desestimación del recurso.

111. STJCE de 22 de junio de 1993, Asunto C-11/92. *The Queen contra Secretary of State for Health*. Cuestión prejudicial. Arts. 3,3 y 4,4 de la Directiva 89/662/CEE, del Consejo. *Etiquetado de los productos del tabaco*. Información y advertencias relativas a los peligros para la salud. Normas nacionales más severas, aplicables únicamente a los productos nacionales: admisibilidad.
112. STJCE de 17 de noviembre de 1993, Asunto C-285/92. *Coöperatieve Zuivelindustrie «Twee Provinciën» W.A.* Cuestión prejudicial. Directiva 79/112/CEE, del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final.
113. STJCE de 13 de julio de 1993, Asunto C-125/92. *Mulox IBC Limited contra Hendrick Geels*. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968. Artículo 5, punto 1: lugar de *cumplimiento de la obligación contractual*. Contrato de trabajo. Trabajo desempeñado en varios países. Criterios determinantes. Lugar en el que o a partir del cual el trabajador cumple principalmente sus obligaciones para con el empresario.
114. STJCE de 5 de octubre de 1993, Asuntos acumulados C-13 a C-16/92. *Driessen en Zonen y otros contra Minister van Verkeer en Waterstaat*. Reglamento CEE, núm. 1101/89, del Consejo, de 27 de abril de 1989. Saneamiento estructural de la navegación interior. Primas de desguace. Contribución especial. Régimen transitorio. *Principios del Derecho*. Principio de irretroactividad de los actos. Principio de protección de la confianza legítima. Principio de igualdad. Principio de proporcionalidad.
115. STJCE de 20 de octubre de 1993, Asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92. *Phil Collins /Imtrat Handelsgesellschaft mbH. Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH /EMI Electrola GmbH*. Cuestiones prejudiciales. Art. 7 del Tratado CEE. *Derechos de autor y derechos conexos*. Condiciones y modalidades de protección de la propiedad artística. Legislación nacional. Vinculación a los arts. 30, 36, 59 y 66 del Tratado CEE. Vinculación al art. 7 apartado 1 del Tratado CEE. Eficacia directa del art. 7 del Tratado CEE.

116. **STJCE de 17 de noviembre de 1993, Asunto C-71/92. *Comisión contra Reino de España*. El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 71/305/CEE, del Consejo, de 26 de julio de 1971, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y 77/62/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, al mantener en vigor ciertas disposiciones de la Ley de Contratos del Estado y del Reglamento General de Contratación del Estado.'**

117. **STJCE de 2 de agosto de 1993. Asunto C-355/90. *Comisión contra Reino de España*. Conservación de las aves silvestres. Zonas de protección especial. Artículo 4 de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres. Clasificación de las Marismas de Santoña como zona de protección especial. Incumplimiento del Reino de España.**

INFORMACIÓN LEGISLATIVA (*)

A cargo de

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH
Y LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. NACIONALIDAD. Se prorroga el plazo para su adquisición por opción.

Ley 15/1993, de 23 de diciembre («BOE» del 24).

Con la declarada finalidad de facilitar la opción por la nacionalidad española a los hijos de emigrantes que hubieran nacido cuando sus padres ya no eran españoles, y siendo consciente el legislador de lo inconveniente que resulta mantener abierta una situación transitoria de forma indefinida, se ha optado por prorrogar dos años más, es decir, hasta el 7 de enero de 1996, el plazo de opción contemplado en la disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad.

2. Derecho de obligaciones

2. CONTRATOS. Se somete a ciertas restricciones la circulación de los productos psicotrópicos y estupefacientes.

Real Decreto 1573/1993, de 10 de septiembre («BOE» del 1 de octubre).

Mediante la presente disposición, dictada al amparo de la competencia exclusiva en materia de sanidad exterior, atribuida al Estado por el artículo 149.1.16 de la Constitución española, se procede a someter a autorización

* Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el cuarto trimestre de 1993.

previa de la autoridad sanitaria, y a control por parte de los Servicios de Aduanas, las sustancias, medicamentos o preparaciones que, procedentes de otros Estados miembros de la Comunidad Europea o destinados a los mismos, tengan la consideración de estupefacientes o psicotrópicos, de acuerdo con las listas anexas a la Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes y al convenio de 1971 sobre sustancias psicotrópicas de Naciones Unidas.

3. Derechos reales

3. ANIMALES. Se regula la caza en Castilla-La Mancha.

Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 2/1993, de 15 de julio («BOE» del 2 de noviembre).

Con la finalidad de proteger la naturaleza, facilitar el ejercicio de la caza como una actividad de ocio y deportiva, y promoverla como actividad económica generadora de empleo, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ha procedido a la promulgación del presente texto normativo, cuyos más destacados aspectos son los siguientes:

1. Se establece la responsabilidad principal de los titulares de derechos reales o personales que suponga el uso y disfrute del aprovechamiento de la caza por los daños causados en las explotaciones agrarias por las piezas de caza que procedan de sus acotados, contemplándose también la responsabilidad subsidiaria, para los mismos supuestos, de los propietarios de los terrenos que conforman el coto (artículo 17 de la Ley).

Además, en el artículo 29.3 se proclama la obligación de indemnizar que incumbe a todo cazador por los daños y perjuicios que ocasione con motivo del ejercicio de la caza, salvo que el hecho se debiera a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. Consecuentemente, el artículo 30.b) se refiere a la obligatoriedad de suscribir el correspondiente seguro de responsabilidad civil.

2. Entre los requisitos de capacidad para la obtención de licencia de caza, el artículo 31 impone que el menor tenga al menos catorce años, requiriéndose, en el caso de que no esté emancipado, autorización escrita de quien ostente la patria potestad. Además, para que los menores de dieciocho años puedan cazar con armas, el artículo 30.3 requiere que vayan acompañados por un cazador mayor de edad.

3. Resultan también destacables las previsiones establecidas en los artículos 26.1 apartado a) y 37.1 de la Ley, por los que se prohíbe, excepto en determinados supuestos, la tenencia, utilización y comercialización de todos los medios masivos o no selectivos para la captura o muerte de piezas de caza. Además, en el capítulo II del Título VI de la norma presentada se establecen toda una serie de limitaciones y prohibiciones relativas a la comercialización de piezas de caza. La infracción de los referidos preceptos implicará la imposición de las sanciones establecidas en el capítulo II del

Título IX, pudiendo procederse al decomiso de las piezas objeto de comercio, o de los medios utilizados para cometer la infracción.

4. En el capítulo III del Título IV de la Ley se contemplan las disposiciones relativas a la adquisición de la propiedad de las piezas de caza por ocupación, regulándose los tradicionales derechos de persecución de las piezas heridas, y la preferencia entre varios cazadores cuando se planteen dudas respecto a su propiedad.

4. PROPIEDAD TERRITORIAL. Regulación de las carreteras en Cataluña.

Ley del Parlamento de Cataluña 7/1993, de 30 de septiembre («BOE» del 3 de noviembre).

La presente disposición, que viene a derogar la regulación contenida en la Ley 16/1985, de Ordenación de las Carreteras de Cataluña, comienza por clasificar las carreteras según su pertenencia a la red básica, comarcal o local, y, en función de sus características técnicas, en vías segregadas y carreteras convencionales, configurando el Catálogo de carreteras de la Generalidad como instrumento básico para disponer de una relación detallada de las distintas vías integrantes de su red.

Se establecen los instrumentos precisos para la planificación del sistema viario y las medidas tendentes a coordinar la planificación urbanística y la ordenación del sistema de carreteras. La obligatoriedad de redactar un estudio de impacto ambiental y de seguir el procedimiento de evaluación, se extiende a todos los proyectos de carreteras que puedan tener una incidencia sobre el medio.

El régimen de uso y protección de las carreteras contempla el régimen aplicable a las zonas de dominio público, servidumbre, afectación, y línea de edificación, regulándose las peculiaridades concurrentes en los tramos urbanos y travesías. Como también es tradicional, se proclama expresamente que las limitaciones de usos y actividades impuestas por la Ley constituyen delimitaciones legales del dominio que no dan lugar a indemnización.

Se contienen también una serie de medidas tendentes a asegurar la paralización inmediata de las obras y la suspensión de los usos que carezcan de autorización o no se ajusten a las condiciones establecidas en la misma, completándose la regulación legal con el régimen sancionador aplicable a la infracción de sus preceptos.

5. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA PROPIEDAD. Regulación del Patrimonio cultural en Cataluña.

Ley del Parlamento de Cataluña 9/1993, de 30 de septiembre («BOE» del 4 de noviembre).

A partir de un concepto del patrimonio cultural de Cataluña que comprende tanto el patrimonio mueble como el inmueble o inmaterial, cual-

quiera que sea su titular, la presente disposición viene a establecer tres niveles diferentes de protección que se corresponden con las categorías de bienes culturales de interés nacional, bienes catalogados, y el resto de los bienes integrantes del amplio concepto de patrimonio cultural con que opera el legislador.

En relación con el régimen aplicable a la declaración de interés nacional de los bienes inmuebles, resulta destacable la automática suspensión, desde la notificación al Ayuntamiento de la incoación del expediente, de la tramitación y de los efectos de las licencias municipales de parcelación, edificación o derribo en la zona afectada. También se prescribe la necesidad de inscribir todos los bienes culturales de interés nacional en el Registro administrativo correspondiente, habiendo de instarse la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de interés nacional de los monumentos y jardines históricos cuya titularidad ostente el Departamento de Cultura o las Corporaciones locales.

El régimen legal de protección incluye, cualquiera que sea la categoría del bien, los inevitables deberes de conservación puestos a cargo de sus propietarios y poseedores, estableciéndose en favor de la Administración de la Generalidad los derechos de tanteo y retracto sobre cualquier bien integrante del patrimonio cultural catalán que sea subastado en Cataluña. Se contempla, además, la posibilidad de que el Departamento de Cultura pueda suspender cualquier obra o intervención en estos bienes, resolviendo en el plazo de dos meses acerca de la continuación de la obra o de la incoación de expediente de declaración de bien cultural de interés nacional.

Cuando los bienes son declarados de interés nacional o catalogados, los derechos de tanteo y retracto se extienden a cualquier transmisión onerosa de la propiedad y a la constitución de derechos reales de disfrute sobre los indicados bienes. En las escrituras públicas relativas a estos negocios jurídicos habrá de acreditarse el cumplimiento de las notificaciones establecidas para garantizar el ejercicio de los derechos de adquisición, y tal acreditación será a su vez exigible para el acceso de los títulos al Registro de la Propiedad.

En relación con los bienes inmuebles de interés nacional, el régimen legal se complementa con la posibilidad de que el Departamento de Cultura se haga cargo de las indemnizaciones que pudiera tener que abonar el Ayuntamiento como consecuencia de la modificación o anulación de licencias relativas a los mismos. Además se establece la prevalencia de los términos de la declaración sobre los planes y normas urbanísticas afectantes al inmueble, que habrán de ajustarse a la declaración o, si estaban ya en vigor con anterioridad, modificarse al efecto. En el caso de los conjuntos históricos, zonas arqueológicas o paleontológicas, lugares históricos y entornos de protección de cualquier bien cultural de interés nacional, se impone al Ayuntamiento la elaboración de un instrumento urbanístico de protección o la adecuación del vigente, pudiendo acordarse la expropiación de los inmuebles que dificulten la utilización o la contemplación de los bienes

culturales de interés nacional, atenten contra su armonía ambiental o conlleven un riesgo para su conservación.

La disposición presentada contiene también medidas específicas de protección del patrimonio arqueológico, así como de fomento y difusión del Patrimonio cultural catalán, completándose la regulación legal con el establecimiento del correspondiente régimen sancionador, y con las normas relativas al Consejo Asesor del Patrimonio Cultural Catalán, que se configura como órgano consultivo y asesor de las Administraciones públicas en la materia.

6. PROPIEDAD INTELECTUAL. Se procede a la incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

Ley 16/1993, de 23 de diciembre («BOE» del 24).

Con la finalidad de trasponer al Ordenamiento jurídico español la Directiva del Consejo de la CEE de 14 de mayo de 1991, relativa a la protección jurídica de los programas de ordenador, el presente texto normativo viene a incorporar una serie de disposiciones que, en su mayoría, y como en la propia Exposición de Motivos se reconoce, ya figuraban en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (reseñada en este Anuario, XLI-I, disposición núm. 3).

Pese a ello, resultan de interés las excepciones contempladas en relación con la tutela de los derechos reconocidos, construidas sobre la base de la necesidad para la adecuada utilización del programa por el usuario legítimo. Se distingue entre excepciones contempladas con el carácter de derecho imperativo y excepciones disponibles mediante cláusula contractual, desarrollándose con detalle los requisitos necesarios para aplicar la excepción fundamentada en la interoperabilidad con otros programas.

Se tipifican, además, una serie de conductas particularmente peligrosas y que no son expresamente contempladas en la Ley de Propiedad Intelectual, tales como la puesta en circulación o tenencia con fines comerciales de una o más copias de un programa de ordenador, conociendo o pudiendo conocer su naturaleza ilegítima, y la puesta en circulación o tenencia con fines comerciales de cualquier medio cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador.

En cuanto a las medidas que pueden adoptarse contra los infractores, y luego de remitirse con carácter general a las contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual, se contempla la posibilidad de que el Juez requiera los informes u ordene las investigaciones que estime oportunas antes de dar traslado a las partes del escrito de solicitud de medidas cautelares, evitándose así una hipotética destrucción de material probatorio.

Por último, se habilita al Gobierno para que apruebe un texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Propiedad Intelectual.

4. Derecho de familia

7. DERECHOS FORALES. Se modifica la Compilación catalana en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges.

Ley del Parlamento de Cataluña 8/1993, de 30 de septiembre («BOE» del 3 de noviembre).

Con la finalidad de sistematizar la regulación del régimen de separación de bienes y demás regímenes consuetudinarios, estableciendo por vez primera un régimen de participación en las ganancias configurado como voluntario, y todo ello además como paso intermedio hacia la confección de un futuro Código de Familia en el Derecho Civil de Cataluña, el Parlamento catalán ha promulgado la presente Ley, que viene a modificar el título tercero del libro primero de la Compilación, cuya sistemática pasa a ser la siguiente:

El capítulo I, relativo a las disposiciones generales sobre los efectos patrimoniales del matrimonio, se estructura en dos secciones. La sección primera se dedica a la determinación del régimen económico matrimonial, los gastos familiares, la contribución a los mismos, la responsabilidad de los cónyuges por deudas familiares y la limitación de la facultad de disponer de la vivienda conyugal y sus muebles de uso ordinario, en tanto la sección segunda regula los derechos conyugales *post mortem* la atribución al súpstrate del ajuar de la vivienda familiar y el año de luto.

El capítulo II se subdivide en tres secciones. En la primera se regulan las capitulaciones matrimoniales, añadiéndose una norma relativa a la publicidad registral. La segunda se dedica a las disposiciones por razón de matrimonio otorgadas en capitulaciones matrimoniales, y la tercera a las otorgadas fuera de capitulaciones .

El capítulo III contiene la normativa aplicable a los negocios jurídicos celebrados entre cónyuges, a partir del principio de la más absoluta libertad negocial.

El capítulo IV aborda el régimen de separación de bienes, contemplándose la posibilidad de que el cónyuge dedicado al hogar o que trabajó para el otro pueda obtener compensación en ciertos supuestos, e incluyéndose la regulación de las compras efectuadas con pacto de supervivencia.

El capítulo X, dedicado al régimen de participación en las ganancias, se estructura en tres secciones, dedicadas, respectivamente, a las disposiciones generales del mencionado régimen, a las normas aplicables para su liquidación, y al pago del crédito de participación.

El capítulo XI, rubricado «Los regímenes económicos en el derecho local», se sistematiza en cuatro secciones que contienen la regulación relativa a la asociación a compras y mejoras, el «agermanament» o pacto de mitad por mitad, el pacto de «convivença o mitja guanyeria» y el pacto de igualdad de bienes y ganancias, contemplados hasta ahora por la Compilación bajo el enunciado «De los regímenes de Comunidad».

II. DERECHO REGISTRAL

8. REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL. Se modifican los artículos 232 y 283 del citado texto legal.

Real Decreto 2117/1993, de 3 de diciembre («BOE» del 30).

Las modificaciones operadas por el presente Real Decreto pretenden conseguir una más perfecta acomodación de sus preceptos al Ordenamiento Comunitario y a nuestro Derecho interno. El alcance concreto de la reforma se extiende a clarificar la redacción dada al artículo 232 del Reglamento del Registro Mercantil, de manera que en el futuro no pueda ofrecer ninguna duda la preferente aplicación de las disposiciones contenidas en el Reglamento comunitario 85/2137 de 25 de julio en relación con el régimen registral de las Agrupaciones Europeas de Interés Económico, y a suprimir la prohibición, contenida hasta ahora en el artículo 283.3 del texto reglamentario, de que las Juntas Generales de las Sociedades anónimas deleguen en los administradores la facultad de acordar la emisión de obligaciones convertible en acciones.

III. DERECHO MERCANTIL

9. INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA. Se desarrolla el régimen financiero de las Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria.

Orden de 24 de septiembre de 1993 («BOE» del 5 de octubre).

Con la presente Orden se culmina el proceso normativo iniciado con la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria, y seguido después con el Real Decreto 686/1993, de 7 de mayo (disposiciones presentadas en las páginas de Información Legislativa de este Anuario correspondientes a los núms. XLV-IV y XLVI-III, disposiciones núms. 7 y 14, respectivamente).

La orden contempla solamente los aspectos financieros de las Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria; toda vez que los aspectos fiscales ya recibieron cumplida atención en las normas anteriormente citadas, y en su regulación se hacen continuas remisiones a la Ley 46/1984, de 26 de diciembre (reseñada en este Anuario, XXXVIII-I, disposición núm. 8), y al Reglamento de 1993 citado anteriormente. Las disposiciones generales, aplicables tanto a las Sociedades como a los Fondos de Inversión Inmobiliaria, se refieren a la autorización, registro y denominación de estas entidades, régimen de las inversiones y obligaciones frente a terceros, limitaciones operativas y obligaciones de información, encomendándose a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la inspección y supervisión del correcto cumplimiento de sus preceptos.

Resulta especialmente confusa la redacción dada al artículo 2.º, apartado número tres, relativo a la autorización de las Sociedades y Fondos. El citado precepto comienza por establecer un plazo máximo de seis meses para la resolución de las solicitudes de autorización, transcurrido el cual se dispone que las mismas habrán de entenderse denegadas. A continuación procede a regular las modificaciones de los Estatutos Sociales de Sociedades y Fondos, limitando el plazo para resolver a cuatro meses, y estableciendo que, de no mediar resolución expresa en el referido plazo, habrá de entenderse «igualmente concedida la autorización»; pero resulta incomprensible el carácter asignado al silencio administrativo, por cuanto según el párrafo anterior la solicitud había de entenderse denegada, no concedida. Parece que el silencio habrá de considerarse positivo porque así lo dispone el artículo 9 del Real Decreto 17 de julio de 1985, mediante el cual se aprobó el Reglamento de las Instituciones de Inversión Colectiva, al cual remite el artículo 2.º.1 de la presente Orden, si bien «con las especialidades establecidas en la misma».

El régimen relativo a las inversiones y obligaciones frente a terceros establece el porcentaje mínimo del promedio anual de saldos mensuales del activo que Sociedades y Fondos habrán de invertir en bienes inmuebles, estableciendo además que el número mínimo de los mencionados bienes será de siete, considerándose como tales los edificios dedicados a viviendas, oficinas, aparcamientos o usos comerciales, y también las viviendas individuales, oficinas, locales y aparcamientos, estén o no ligados o vinculados a los anteriores.

Los Fondos de Inversión Inmobiliaria son objeto de una regulación más detallada, por estimarse que constituirán la fórmula ordinaria de inversión colectiva inmobiliaria, pretendiéndose garantizar su transparencia y cierto grado de liquidez en la inversión. Precisamente con esta finalidad se establece la obligación de garantizar, al menos una vez al año, el reembolso de las participaciones, fijándose también unos plazos perentorios para hacer efectivo el pago.

Por último, la Orden presentada se extiende a la regulación de tres categorías de sujetos financieros cuyo papel en la vida de las instituciones de inversión colectiva inmobiliaria se considera fundamental: las Sociedades gestoras, las sociedades de tasación, de gran interés por la importancia que reviste la independencia del tasador para la correcta valoración de los inmuebles, y los depositarios.

10. BLANQUEO DE CAPITAL. Se establecen medidas para su prevención.

Ley 19/1993, de 28 de diciembre («BOE» del 29).

La presente disposición, que viene a trasponer al Derecho español la Directiva comunitaria 91/1308, regula las obligaciones, actuaciones y procedimientos, destinados a prevenir la utilización del sistema financiero y

otros sectores de la actividad económica para el blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas, el terrorismo y la delincuencia organizada.

El método seguido consiste en establecer, a cargo de las entidades integrantes del sistema financiero y demás personas físicas o jurídicas que ejerzan actividades profesionales o empresariales, particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales, una serie de deberes de información y colaboración con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, relativos a los clientes y operaciones que puedan estar implicados en las actividades perseguidas.

También se regula el deber de toda autoridad o funcionario que descubra hechos calificables como indicio o prueba de blanqueo de capitales procedentes de las actividades descritas, de comunicar tales hechos al Servicio Ejecutivo, sin perjuicio del secreto del protocolo notarial, que comprende los instrumentos públicos referidos en el artículo 34 de la Ley de 28 de mayo de 1862 y los relativos al reconocimiento de hijos no matrimoniales.

Entre las disposiciones configuradoras del régimen sancionador de la Ley, se incluye la expresa alusión a la responsabilidad adicional de los administradores y directivos de las entidades, cuando la infracción de las obligaciones impuestas a las mismas sea imputable a su conducta dolosa o negligente, así como el deber que incumbe al Servicio Ejecutivo de ordenar la suspensión del expediente sancionador, dando traslado de los hechos al Ministerio Fiscal, desde el momento en que se estimara que los mismos pueden ser constitutivos de delito.

Se contempla por último el régimen general relativo a las funciones, composición y órganos de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, organismo creado con la finalidad de impulsar y coordinar la ejecución de los preceptos contenidos en la Ley y que tendrá además asignadas las competencias previstas en el artículo 17.1 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de Control de Cambios.

IV. DERECHO PROCESAL

11. RECURSO DE CASACIÓN. Se regula cuando versa sobre materias del Derecho Civil especial de Galicia.

Ley del Parlamento gallego 11/1993, de 15 de julio (BOE del 12 de noviembre).

La Comunidad Autónoma de Galicia regula con esta Ley un recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia para ventilar materias de Derecho foral gallego. Se funda, para ello, en su competencia para dictar «normas procesales... que se deriven del específico Derecho gallego» (art. 27.5 del Estatuto de Autonomía), atribución que tiene encaje

en la excepción prevista en el art. 149.1.6 de la Constitución («... sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden —procesal— se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas»). Debe indicarse, sin embargo, que esta competencia autonómica no parece suficiente para justificar las singularidades del recurso de casación que se establece e, incluso, para hacer válida la regulación particular, en una Comunidad Autónoma, de este recurso. Será el Tribunal Constitucional, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, quien aclare la cuestión.

El texto legal se limita a establecer las resoluciones judiciales susceptibles del recurso de casación que regula y los motivos en que el mismo debe fundarse, previendo la aplicación, en lo restante, de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto a las resoluciones recurribles en casación, destaca la supresión de todo límite cuantitativo mínimo, a diferencia del régimen establecido en el art. 1.687 de la LEC.

Por su parte, los motivos del recurso podrán ser:

«1.º Infracciones de normas del ordenamiento jurídico civil de Galicia o conjuntamente con infracción del mismo y de normas del derecho civil común o doctrina jurisprudencial que establezca el Tribunal Superior de Justicia o la anterior del Tribunal Supremo.

2.º Error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre.»

Se añade que los usos y costumbres notorios, como son los compilados y los aplicados por el Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o la antigua Audiencia Territorial de Galicia, no requerirán prueba.

Como puede observarse la redacción de los motivos de casación es singularmente farragosa y adolece, además, de errores de concepto que suscitan dudas sobre el significado de las disposiciones (por ejemplo: ¿La doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia se refiere también al derecho civil común? ¿Se desconocen por el juzgador hechos notorios que infringen la norma consuetudinaria?).

Finalmente, después de afirmar la competencia del Tribunal Superior de Justicia en los casos de alegación conjunta de los motivos de casación antes indicados y los restantes previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se establece en materia de costas procesales el criterio subjetivo, de la temeridad, lo cual supone un cambio radical respecto del vigente según la LEC (arts. 1748 y 1767) y desborda claramente las competencias autonómicas.

En definitiva, la presente Ley gallega, que se presenta como reacción frente al correcto sistema introducido en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 10/1992, de 30 de abril (reseñada en este Anuario, XLV-III, disposición núm. 13 de la Información legislativa), contiene una variedad

de defectos de todo tipo que sólo cabe esperar sean depurados en el recurso de inconstitucionalidad que se tramita.

V. OTRAS DISPOSICIONES

12. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. Aprobación de un nuevo Texto Refundido regulador.

Real Decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (BOE del 20 de octubre).

La ley 29/1991, de 16 de diciembre, sobre adecuación de ciertos conceptos impositivos al ordenamiento comunitario (véase su reseña en este Anuario, XLV-I, disposición núm. 14 de la Información legislativa), autorizó la elaboración del texto refundido que ahora se promulga, en el cual se reflejan las modificaciones operadas en el régimen del Impuesto desde el anterior texto de 1980.

Las novedades introducidas son numerosas, dada la pluralidad de disposiciones legales que han incidido sobre esta materia. Cabe destacar:

1. El nuevo régimen de tributación de las operaciones societarias, precedente de la citada Ley 29/1991.
2. La incorporación al texto de la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos.
3. Se recibe la supresión de las tasas judiciales, omitiendo la mención de los documentos judiciales como sujetos al gravamen sobre Actos Jurídicos Documentados.
4. Al regular las exenciones, además de una prolija remisión a leyes especiales, que las recogen, se mantiene la exención general de los depósitos en efectivo y los préstamos, aunque también perdura la excepción respecto al gravamen fijo sobre documentos notariales y mercantiles.
5. Finalmente, se aligera la regulación de la comprobación de valores, probablemente previendo una regulación reglamentaria más detallada de esta materia.

CONTRATO DE TRABAJO. Se establecen medidas urgentes de fomento de la ocupación.

Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre («BOE» del 7 de diciembre).

La presente disposición pretende incentivar el mercado de trabajo mediante el establecimiento de una serie de medidas cuyo contenido concreto se centra en los siguientes aspectos:

1. Supresión de la obligación de contratar a través del INEM, cuando se requiere de este organismo la simple constatación del trabajador previamente elegido por el empresario.

2. Legalización de las agencias de colocación sin fines lucrativos y de la actividad de las empresas de trabajo temporal.

3. Establecimiento, como figuras contractuales formativas llamadas a dar respuesta al desempleo de los jóvenes, de los contratos de trabajo en prácticas y de aprendizaje.

4. Cómputo anual de la jornada para los contratos a tiempo parcial.

5. Previsión del establecimiento de programas que fomenten la contratación por pequeñas empresas de trabajadores perceptores de prestaciones por desempleo .

6. Admisión de la posibilidad de prórroga, por una sola vez y por un máximo de dieciocho meses, de los contratos temporales de fomento del empleo, celebrados al amparo del Real Decreto 1989/1984 y cuya duración máxima de tres años expire entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

13. CINEMATOGRAFÍA. Se establecen medidas urgentes en relación con la misma.

Real Decreto-Ley 19/1993, de 10 de diciembre («BOE» del 11).

Resulta sorprendente la utilización de un instrumento normativo excepcional como es el Decreto-Ley, para la regulación de aspectos como los contemplados por la presente disposición. Ni la equiparación de la obra cinematográfica de los países miembros de la Unión Europea a la obra cinematográfica española, ni la supuesta flexibilización del cumplimiento de la cuota de pantalla impuesta a los exhibidores, ni la adaptación de la cuota de distribución a las exigencias del mercado, parecen objetivos que merezcan atención tan apremiante, lo que no hace sino poner una vez más de manifiesto la tal vez desproporcionada sensibilidad del Ejecutivo hacia determinados grupos sociales y los intereses que representan.

El contenido concreto de la norma presentada se circunscribe a la definición de la obra audiovisual europea y de la obra cinematográfica comunitaria, disciplina de las cuotas de pantalla y de distribución cinematográfica impuestas para la protección de las obras comunitarias, medidas que podrán acordarse por el Gobierno para el fomento de las empresas y actividades audiovisuales, establecimiento del límite de obra europea cinematográfica que las televisiones públicas y privadas deberán coproducir con productores independientes, y, por último, régimen sancionador aplicable a la infracción de sus preceptos.

14. ACTIVIDADES CLASIFICADAS. Se procede a la regulación de las que se desarrollen en Castilla y León.

Ley de las Cortes de Castilla y León 4/1993, de 20 de octubre («BOE» del 13 de diciembre).

Mediante la presente disposición, promulgada al amparo de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Castilla y León por los artículos 27.1.1.º y 26.1.2.º de su Estatuto de Autonomía, se establece el régimen de autorización y funcionamiento aplicable tanto a las actividades clasificadas por la legislación del Estado como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, como a cualquier otra actividad o instalación que, de acuerdo con la genérica definición contenida en el artículo 1.º de la disposición presentada, sea «susceptible de ocasionar molestias, alterar las condiciones de salubridad, causar daños al medio ambiente o producir riesgo para las personas o bienes».

La regulación legal parte de la diferenciación entre licencia de actividad y licencia de apertura, resultando exigible la primera para la instalación, ampliación o reforma de cualquier actividad clasificada, y la segunda para comenzar el ejercicio de la actividad. La licencia de actividad se otorga o deniega mediante un procedimiento que se inicia mediante solicitud del interesado planteada ante el Ayuntamiento en cuyo término pretenda ubicar la actividad, sustanciándose mediante los conocidos trámites de información pública e informe de la Comisión Provincial o Regional de Actividades Clasificadas, que será vinculante para el Alcalde en caso de que implique la denegación de la licencia o la imposición de medidas correctoras adicionales.

Se prevé el otorgamiento de licencia de actividad mediante silencio administrativo cuando transcurran cuatro meses desde el día siguiente a su solicitud sin resolución expresa, salvo en los supuestos en que hubiera de intervenir la Comisión Regional de Actividades Clasificadas, cosa que sucederá cuando los proyectos o instalaciones superen el ámbito provincial por razones técnicas, económicas, sociales, jurídicas o territoriales, o cuando su informe sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente.

La licencia de apertura se concede previa solicitud del interesado y comprobación por parte del Ayuntamiento de que las instalaciones realizadas se ajustan al proyecto aprobado y a las medidas adicionales impuestas, en su caso, en la licencia de actividad.

El texto legal prohíbe expresamente la concesión de licencia de obras para la instalación de actividades clasificadas en tanto no se haya otorgado la licencia de actividad correspondiente, extendiéndose además a la regulación del régimen aplicable a la inspección y funcionamiento de las actividades clasificadas y al establecimiento de las sanciones aplicables a las conductas que infrinjan sus preceptos.

15. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Se regula el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en mercados financieros.

Real Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre (BOE del 23).

Como indica la Exposición de Motivos, la vigente Ley sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común (30/1992, de 26 de noviembre, reseñada en este Anuario, XLVI-I, disposición núm. 7 de la Información legislativa) no contiene una verdadera regulación del procedimiento administrativo sancionador y sus trámites, sino que se limita a proclamar los principios generales que deben regir estas actuaciones de la Administración. Por ello, se elaboró el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto) que debería contener una regulación detallada, completa y de aplicación general en la materia.

Se produce ahora el tercer escalón normativo, que no será el último, integrado por disposiciones particulares sobre materias concretas objeto del actuar administrativo, donde se recogen cuantas singularidades se estima conveniente incluir. Parece obvio concluir que esta sucesión de regulaciones, cada vez de ámbito más limitado, para establecer particularidades en un tema tan importante como la imposición de sanciones administrativas, carece de justificación y llega a vulnerar la seguridad jurídica.

El Reglamento que ahora se aprueba se aplicará a la imposición de las sanciones previstas en las leyes reguladoras de la disciplina de entidades de crédito, del mercado de valores, de instituciones de inversión colectiva, de ordenación del seguro privado, de fondos y planes de pensiones, de sociedades de capital-riesgo y de garantía recíproca y las establecidas en la Ley de Sociedades Anónimas por infracción de sus disposiciones sobre titularidad y negociación de acciones propias.

Se prevé finalmente que este Reglamento se aplique como supletorio de las normas de las Comunidades Autónomas que ostenten potestades sancionadoras en esta materia, lo cual da idea del cúmulo de disposiciones que pueden llegar a ser aplicables en un caso concreto.

16. FUNCIÓN PÚBLICA. Se regula el acceso de los nacionales de otros Estados de la Comunidad Europea a determinados sectores de la misma.

Ley 17/1993, de 23 de diciembre («BOE» del 24).

En desarrollo de la interpretación restrictiva llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acerca de lo que por empleos en la Administración Pública haya de entenderse, la Comisión ha señalado sectores incardinados en la función pública a los que resultaría aplicable la libertad de circulación de trabajadores. Éstas son las circunstancias que han motivado la promulgación de la presente Ley, mediante la

cual se viene a equiparar a los nacionales de los demás Estados miembros de la CEE y a los españoles a efectos de acceso a la función pública investigadora, docente, de correos, sanitaria, de carácter asistencial, y a los demás sectores a los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.

Sin perjuicio de que se establezca la necesidad de que el Gobierno, o los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, determinen los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos, a los que podrán acceder los nacionales de los demás Estados miembros, la disposición presentada impone la reserva a funcionarios con nacionalidad española de los puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de potestades públicas, o la responsabilidad en la salvaguardia de los intereses del Estado o las Administraciones Públicas.

Esta disposición es también aplicable a las Comunidades Autónomas, por su carácter de base del régimen de la función pública (Art. 149.1.18 de la Constitución).

17. PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO. Se aprueban los correspondientes al año 1994.

Ley 21/1993, de 29 de diciembre («BOE» del 30).

Con la difícil pretensión de perseverar en la reducción del déficit público al tiempo que se mantienen los logros alcanzados en materia de protección social y el desarrollo y dotación de infraestructuras, se ha procedido a la promulgación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1994, entre cuyos aspectos más relevantes pueden destacarse los siguientes:

1. Se continúa con la limitación al reconocimiento de obligaciones con cargo al presupuesto del Estado, que en conjunto no podrán superar la cuantía total de los créditos inicialmente aprobados para atender dichas operaciones no financieras.

2. Se procede a congelar las retribuciones íntegras del personal al servicio del sector público, que no podrán experimentar variación con respecto a las de 1993, limitándose las convocatorias de plazas para nuevo personal durante 1994 a las que, excepcionalmente, se consideren inaplazables. Estos criterios limitativos se hacen extensibles además a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, en uso de la competencia del Estado para fijar las bases y criterios de coordinación de la actividad económica.

3. También se establecen las habituales previsiones en relación con las pensiones públicas y los criterios a que deberá ajustarse su revalorización para 1994.

4. Sustancial importancia reviste la trasposición a nuestro Ordenamiento jurídico de la norma comunitaria que prohíbe al sector público financiarse apelando al crédito del Banco de España.

5. Pasando ya al ámbito tributario, se contemplan algunas reformas en el Impuesto sobre Sociedades que persiguen promover el desarrollo empresarial al tiempo que potenciar una mayor capacitación de los trabajado-

res. Las medidas concretas adoptadas consisten en establecer una deducción del 5 por 100 por gastos de formación profesional, incrementar en un 5 por 100 de la desgravación por inversiones en el extranjero y elevar a un 35 por 100 el límite máximo de deducciones por inversión a practicar sobre la cuota líquida.

6. En el apartado relativo a la financiación de las Haciendas Territoriales se prorrogan los criterios cuantificadores de la participación de las Entidades Locales en los tributos del Estado, fijados por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. La participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado incorpora los criterios de corresponsabilidad fiscal contenidos en el sistema de financiación aprobado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de 7 de octubre de 1993.

7. Como ya viene siendo tradicional en las leyes de presupuestos, se autoriza al Gobierno para que, mediante Real Decreto y durante el ejercicio de 1994, transforme o suprima organismos autónomos y refunda o modifique su regulación, dando cuenta a las Cortes de las medidas adoptadas.

8. El interés legal del dinero queda establecido, durante 1994, en el 9 por 100, y el interés de demora al que se refiere el artículo 58.2 de la Ley General Tributaria, en el 11 por 100.

18. MEDIDAS ECONÓMICAS. Se aprueban medidas en materia fiscal, de reforma del régimen jurídico de la función pública, y de protección por desempleo.

Ley 22/1993, de 29 de diciembre («BOE» del 31).

Muy heterogéneo resulta el contenido normativo de este texto legal, cuyo exclusivo denominador común viene constituido por la necesidad de afrontar la difícil situación económica que atraviesa el país. El concreto alcance de las medidas adoptadas es el siguiente:

1. En el ámbito tributario:

a) Se someten a tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas los incrementos de patrimonio derivados de las transmisiones o reembolsos de acciones o participaciones representativas del capital social o patrimonio de las Instituciones de Inversión Colectiva, aun cuando el importe obtenido no supere la cuantía de 500.000 ptas., exonerándose de gravamen para 1994 y 1995 si los importes obtenidos se invierten, en el mismo año, en un plan de ahorro popular.

b) Dentro de la política de protección a las pequeñas y medianas empresas, se crea un régimen especial que permitirá una bonificación del 95 por 100 de la cuota del Impuesto sobre Sociedades correspondiente a los períodos iniciados durante 1994, 1995 y 1996, para las sociedades constituidas durante 1994 con sujeción a los requisitos exigidos por la norma presentada.

c) Se amplían las exenciones objetivas en el Impuesto sobre el Patrimonio, incluyendo entre las mismas los bienes y derechos necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial ejercida de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo y que constituya su principal fuente de renta. La misma exención se aplica a las participaciones en entidades que cumplan determinadas condiciones.

d) En relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido se prevé la modificación de la base imponible para atender la situación de los sujetos pasivos que no van a poder percibir la cuota repercutida por la insolvencia del destinatario, si bien se condiciona dicha modificación a la previa declaración de quiebra o suspensión de pagos de este último y a la autorización administrativa.

e) Se articula una exención específica para los centros docentes concertados en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

f) En relación con el Impuesto sobre Actividades Económicas se convierte el coeficiente de incremento contemplado en el artículo 88 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales en un coeficiente de modificación, que permite a los Ayuntamientos graduar el incremento o disminución de los recursos procedentes de este impuesto, modificándose además el índice de situación para reducir la discrecionalidad de las Corporaciones locales.

g) En materia de tasas, las modificaciones se extienden a las relativas a servicios prestados por el Consejo de Seguridad Nuclear y a los servicios sanitarios sobre el tráfico marítimo y aéreo, creándose además una tasa por expedición del Título de Técnico de Empresas y Actividades Turísticas.

2. En relación con la Función pública se regulan figuras como la reasignación de efectivos, la situación de expectativa de destino, o la nueva modalidad de excedencia forzosa, tendentes todas ellas a situar los efectivos disponibles en los sectores necesitados. Además, con la finalidad de flexibilizar el marco jurídico de la Función pública, y como medidas complementarias de las anteriormente citadas, se establecen las nuevas situaciones de excedencia voluntaria incentivada, jubilación anticipada incentivada y cesación progresiva de actividades.

3. En cuanto al desempleo se refiere, las medidas contempladas inciden en los siguientes aspectos:

a) Establecimiento de medidas tendentes a procurar la búsqueda activa de empleo, la aceptación de las ofertas adecuadas proporcionadas por el servicio público de empleo o la participación en acciones de formación o reconversión profesionales.

b) Aproximación de la cuantía de la prestación a los porcentajes legalmente previstos en relación con las rentas netas dejadas de percibir por el trabajador.

c) Revisión de la protección por desempleo de nivel asistencial, y más concretamente de los requisitos exigibles para que surja el derecho a obtenerla.

d) Modificación de los preceptos contenidos en la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, y en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y sanciones en el Orden Social, cuya aplicación se ha mostrado insuficiente para corregir el fraude.

19. CONTRATO DE TRABAJO. Contratos en prácticas y de aprendizaje y contratos a tiempo parcial.

Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre («BOE» del 31).

La presente disposición constituye el desarrollo reglamentario de las previsiones relativas a los contratos en prácticas, de aprendizaje, y a tiempo parcial contenidas en el Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, presentado en estas mismas páginas de Información Legislativa.

20. SALARIO MÍNIMO. Se establecen las cuantías que deberán regir a partir del 1 de enero de 1994.

Real Decreto 2318/1993, de 29 de diciembre («BOE» del 31).

Los salarios mínimos aplicables en 1994 serán:

- 1) Trabajadores mayores de 18 años: 2.019 pesetas/día o 60.570 pesetas/mes.
- 2) Trabajadores menores de 18 años: 1.334 pesetas/día o 40.020 pesetas/mes.

21. PENSIONES. Se procede a su revalorización para 1994.

Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre («BOE» del 31).

Se procede a la revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1994.

SEMINARIO DE LA UNIVERSIDAD
INTERNACIONAL MENÉNDEZ Y PELAYO
SOBRE LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE LOS
ARRENDAMIENTOS URBANOS
Santander, días 6 al 11 de septiembre de 1993

Durante los días 6 al 11 de septiembre ha tenido lugar en la ciudad de Santander la celebración del «Seminario sobre la reforma del régimen de los arrendamientos urbanos» bajo los auspicios de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo.

La materia que ha sido objeto de estudio en este seminario es de la mayor actualidad no sólo por la importancia que tiene en la vida económica y jurídica del mundo inmobiliario sino también por impacto social que la vivienda genera en las personas y, en general, en las relaciones sociales de un país.

Las circunstancias actuales del mercado de los alquileres hace necesario promover un cambio normativo que consagre un nuevo régimen jurídico que ponga término a las situaciones de convivencia antagónica que la actual regulación ha producido no sólo en el ámbito del derecho sino también en el de la economía, siendo en este último más grave aún por las consecuencias sociales que la paralización de la construcción puede generar.

El objetivo del seminario ha consistido en exponer los distintos aspectos en que se basaría la futura reforma del régimen de los arrendamientos. Para ello, se delimitó claramente los siguientes temas:

1. Descripción general de la situación actual.
2. Aspectos económicos de la LAU.
3. Legislación de la vivienda.
4. Legislación de arrendamientos para usos distintos de la vivienda, con especial atención a los locales de negocio.
5. Modificaciones en los procesos arrendaticios.
6. Medidas complementarias (fiscales, financieras, sociales...)

En general, se ha prestado especial atención a la incidencia que la reforma pueda tener en las actuales relaciones arrendaticias. Desde los distintos sectores asistentes al seminario (ponentes y alumnos) siempre se puso de manifiesto el especial interés que los legisladores deberían poner al reformar esta materia en aquellas cuestiones que podía afectar sensibilidades fosilizadas por la regulación anterior al Decreto Boyer de 1985, mediante un sistema que, si bien a medio plazo resuelva los problemas de la actual legislación, respete los derechos ya adquiridos por los inquilinos de viviendas. Para ello será necesario arbitrar medios de actualización de rentas de forma progresiva que haga menos dolorosa la transición al nuevo régimen que se implante, derivando los gastos de mantenimiento y reparaciones hacia el lado de los inquilinos para descargar a los propietarios de las obligaciones más gravosas que hoy le abruman sobre todo en rentas de alquileres bajas. Esto supondría un aliciente para inversiones futuras que tanta falta hacen al país.

La celebración del seminario ha sido de gran interés para los más de 60 alumnos participantes sobre todo por haber podido estar en contacto directo con opiniones tan cualificadas que seguro influirán en la redacción de la futura LAU.

II. El seminario ha estado inspirado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes. La dirección y organización del seminario ha estado a cargo de don Diego Lozano Romeral, Secretario General Técnico del MOPT, y actuó como secretaria doña M.^a José Gómez García-Ocho, Subdirectora General de Relaciones Internacionales de MOPT.

Pasaremos a continuación a examinar cada una de las ponencias.

III. La sesión solemne de apertura del seminario tuvo lugar en la mañana del día 6 de septiembre en el Palacio de la Magdalena y fue pronunciada por el Excmo. señor Ministro de Obras Públicas y Transportes, don José Borrell Fontelles. El señor Ministro realizó una ajustada disertación política en torno a la actualidad de los arrendamientos urbanos y su necesaria reforma a fin de adaptar su régimen jurídico a las nuevas exigencias de la vida social. Renunciando a una postura liberal decimonónica de no intervención declaró el señor Ministro que la futura Ley, su opinión, debería dejar una amplia maniobrabilidad a la autonomía privada y a su vez debería recoger también una serie de mecanismos que sin fosilizar el mercado de alquileres pudieran defender los intereses de los inquilinos de viviendas y especialmente proteger los derechos adquiridos por ellos a lo largo de años de manera que su supresión y adecuación a la nueva regulación que surja se haga paulatinamente de forma que no dé lugar a conflictos, injusticias y situaciones que pudieran provocar en la conciencia social reproches y rechazos. El señor Ministro manifestó que son varios los frentes a que debe atender la futura Ley, dando soluciones a cuestiones no sólo jurídicas sino también políticas, económicas, fiscales, financieras etc.

A su entender los parlamentarios deberían buscar soluciones equilibradas que con idea de equidad y visión de futuro pusiera fin a las deficiencias

de la actual situación del mundo inmobiliario. A su juicio, sería necesario separar claramente el concepto de vivienda constitucionalmente protegida del concepto de local de negocio que a su parecer debería tener un tratamiento distinto por el significado y las implicaciones que cada una de estas parcelas tienen dentro del ámbito social y económico del país.

IV. La ponencia de doña Cristina Narbona, Directora General de la Vivienda y Arquitectura, se titulaba «La situación actual del mercado de los alquileres en España y sus incidencias en la política de viviendas».

La finalidad de la conferencia —según la propia ponente— es tratar de mostrar la conexión que existe entre la política de vivienda y el mercado de viviendas en alquiler. En su opinión no existe en nuestro país un auténtico mercado de alquileres, en consecuencia, la dimensión del parque de vivienda destinados a este mercado es reducido y el stock para alquileres también lo es. Esto ocurre por la inexistencia de una cultura de vivienda en alquiler en la sociedad española a diferencia de lo que ocurre en los países de nuestro entorno (Francia, Gran Bretaña, Alemania...) y en cambio sí existe una cultura de vivienda en propiedad, fomentada por la propia legislación que concede una serie de beneficios fiscales a aquellos que compran una vivienda con crédito hipotecario, obteniendo las correspondientes deducciones fiscales. Por ello, la Directora General abogó por la opción de una política de alquileres sustentada en la Política de Vivienda del Gobierno que tendría como objetivos:

- a) Diversificar la oferta.
- b) Facilitar la movilidad, tan importante en el mercado de trabajo.
- c) Evitar el uso irracional de los recursos públicos para la vivienda, propugnando un uso más selectivo que corresponda a las verdaderas necesidades reales.
- d) Establecer una serie de medidas fiscales y complementarias favorecedoras de los alquileres, y
- e) En definitiva, evitar la fosilización del mercado de alquileres.

Para la exposición de su conferencia doña Cristina Narbona se basó en una serie de datos técnicos que posee su Ministerio y que a continuación se relacionan:

Los contratos anteriores a 1965 son el 25,5 por 100; los contratos posteriores a 1965 son el 54,5 por 100, de los que el 35,6 por 100 son sin cláusula de revisión y un 18,9 por 100 la tienen pero de este 18,9 por 100 el 7,6 por 100 no se le aplica dicha cláusula. Los contratos posteriores a 1985 son el 20 por 100 de los que un 10,1 por 100 son contratos temporales, un 4,1 por 100 son contratos indefinidos con cláusula de revisión y un 5,8 por 100 son contratos indefinidos sin cláusula de revisión (Encuesta MOPU 1989). Por otra parte, hay que tener en cuenta que los arrendamientos actuales pero anteriores al R. Decreto-ley 2/1985 se caracterizan por:

- a) una duración excesiva por la prórroga forzosa y por las subrogaciones intergeneracionales,

b) rentas bajas por ausencia de actualizaciones, fundamentalmente en contratos anteriores a 1964,

c) una escasa atención a la conservación de los edificios.

Estos arrendamientos suponen el 80 por 100 del total de los existentes.

Los arrendamientos sometidos al R. Decreto-ley 2/1985 se caracterizan por:

a) Una falta de estabilidad en la relación arrendaticia al ser los plazos generalmente de carácter anual.

b) Ser de rentas altas y sometidos a constantes revisiones por encima del IPC.

Respecto al parque inmobiliario lo considera infrutilizado por:

a) No existir una oferta adecuada de viviendas en alquiler.

b) Ser muy elevado el porcentaje de viviendas vacías.

c) Ser muy elevado el porcentaje de viviendas en creciente deterioro.

d) La degradación que poco a poco se produce del centro de las ciudades.

Respecto de la legislación actual la consideró insatisfactoria:

a) Para los inquilinos con contratos posteriores al R. Decreto-ley 2/1985.

b) Para los propietarios sometidos a prórroga forzosa y con rentas sin actualizar.

c) Para los demandantes de viviendas con dificultades para el acceso en propiedad.

La solución a todos estos problemas pasa —según ella— por la reforma del régimen actual de los arrendamientos que en su opinión debería tener como principal objetivo potenciar el mercado de vivienda en alquiler como alternativa idónea al acceso en propiedad, y esto se puede conseguir:

a) Favoreciendo la oferta en general, por un lado a través de una mayor seguridad en la recuperación de la inversión mediante la simplificación y agilización de los procesos arrendaticios y por otro lado facilitando una rentabilidad aceptable, mediante la revisión anual de rentas y fijación de un plazo de resolución de los contratos.

b) Favoreciendo en particular la oferta de VPO en alquiler reduciendo la duración de su período de protección lo que llevaría a aumentar la rentabilidad para su promotor o propietario.

c) Favoreciendo la demanda, dando como garantía una duración mínima del contrato y la actualización moderada de la renta.

Otros objetivos según la señora Narbona son:

a) Favorecer una mejor conservación y utilización del parque inmobiliario existente, aproximando gradualmente las condiciones de los contratos anteriores al R. Decreto-ley 2/1985.

b) Fomentar un mercado de locales en alquiler de acuerdo con los principios de libre competencia, estableciendo las condiciones de los contratos según la libre voluntad de las partes.

Por último, la Directora General examinó otras medidas complementarias a la política de alquileres como son la rehabilitación de viviendas y la promoción de viviendas en régimen de VPO, que su departamento está estudiando como parte de Plan General de Vivienda del MOPT. Estas medidas tratan de evitar el descenso que se ha producido en las viviendas alquiladas (en 1991 sólo un 14,86 por 100) a pesar del R. Decreto Boyer, aunque reconoció que sin este R. Decreto el descenso hubiera sido mayor.

Para la señora Narbona el futuro de la Política de Vivienda del MOPT pasa porque la ley de arrendamientos urbanos salga pronto y sirva de punta de lanza para la política social y económica del Gobierno. A su juicio, debería equipararse el tratamiento fiscal de la vivienda de quien vive en propiedad y quien vive en alquiler, mejorar el tratamiento fiscal de los Fondos de Inversión inmobiliaria y elaborar un nuevo Plan de Viviendas.

V. El lunes en sesión de tarde don Juan L. Fuentes Lojo, Abogado y ex Magistrado del Tribunal Supremo expuso su ponencia «La LAU de 1964: sus rasgos esenciales a la luz de la jurisprudencia». Comenzó el ponente señalando la dificultad de compendiar tantos años de vigencia de una ley tan compleja que hoy sigue dando nuevos problemas y donde ha sido tan prolifera la jurisprudencia no sólo del TS sino también de nuestras Audiencias.

Resumidamente trató el ponente de las siguientes materias:

a) Del ámbito de aplicación de la ley, donde la jurisprudencia se preocupó de distinguir los arrendamientos de temporada, industria y los llamados arrendamientos complejos y vivienda donde se ejerce una profesión o pequeña industria doméstica.

b) La jurisprudencia sobre el abuso del derecho y el fraude a la ley.

c) Las cesiones de viviendas, resaltando la desaparición de la cesión familiar y problemas como el traspaso legal y el traspaso real como causa de resolución del contrato.

d) Sobre tanteos y retractos habló de la no necesidad de ejercitar la acción dentro de los traspasos; la jurisprudencia que trata de evitar el fraude en esta materia; los tanteos y retracto en el régimen de propiedad horizontal; la legitimación para el ejercicio del retracto y los retractos como consecuencia de los procedimientos ejecutivos del art. 131 de la LH.

e) Respecto de la prórroga forzosa destacó la mucha problemática que dio lugar y resaltó cuatro sentencias donde el TS se preocupó de interpretar el art. 9 del Decreto Boyer al objeto de descubrir la verdadera intención de las partes

f) En el derecho de retorno analizó la jurisprudencia referente a las facultades y supuestos en que debe darse autorización del arrendador.

g) También analizó la problemática jurisprudencial en materias como el no uso de la vivienda, el cierre del local de negocio, la renta base y las actualizaciones, la repercusiones de gastos tales como contribuciones, conservación y mejora, obras de transformación, el subarriendo y daños dolosos provenientes de obras no autorizadas.

VI. La mañana del martes 7 de septiembre le tocó el turno a la ponencia de don Carlos Lasarte Alvarez, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de la UNED y colaborador en la elaboración del proyecto de la futura ley. Se tituló dicha ponencia «La problemática del régimen actual de los arrendamientos urbanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». Comenzó el ponente criticando la actual ley a la que calificó de maniquea, asistemática, injustificable e inadecuada a la realidad actual. El Tribunal Constitucional ha dictado una veintena de sentencias y puso de manifiesto que al día de hoy se encuentran pendientes de resolución varias cuestiones de inconstitucionalidad, en concreto ocho, entre otras sobre la prórroga forzosa, privilegios de la Iglesia católica o sobre el art. 64 de LAU. Estas sentencias las clasificó en cinco grupos diferenciados. Un primer grupo dedicado al pago y consignación de la renta, un segundo grupo referente a la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges en supuestos de crisis matrimonial, un tercer grupo referentes a la cesión a espalda de arrendador, un cuarto grupo referentes a las ejecuciones hipotecarias y a la constitución de hipotecas posteriores al arrendamiento y por último, un quinto grupo de recurso de amparo que son las sentencias 22/1992, 6/1993 y 42/1993. De ellas el ponente se centro en las siguientes que pasamos a reseñar a continuación.

Sobre el primer grupo apuntado referente a la consignación o pago y la acreditación del art. 148 LAU como requisito previo a los procesos arrendaticios comentó las sentencias 104/1984 que recoge la finalidad diáfana de este artículo 148 LAU; la STC 11/1984 que deniega el amparo por haberse cumplido fuera de plazo lo preceptuado en el art. 148 LAU; la STC 104/1984 resolvía un recurso contra la Audiencia de las Palmas en donde concluía que el giro postal es un medio inadecuado del pago de la renta entendiéndolo que al denegar el amparo no se trata de una simple rigidez formalista; pero la STC 87/1992 entendió que el defecto era subsanable matizando la apreciación de la sentencia anterior; en este sentido también se manifestó la STC 49/1989.

Otro tema tratado por el ponente fue las crisis matrimoniales y su incidencia en los arrendamientos urbanos en los casos de atribución a uno de los cónyuges de la vivienda común de acuerdo con el art. 90 Cc. referente al convenio regulador que imperativamente establece que éste contenga el destino de la vivienda familiar. Esta cuestión parece ya resuelto por el art. 13 del proyecto. En opinión del ponente esta solución no es clara desde el punto de vista del TC. Así la STC 136/1986 que recoge un desahucio por falta de pago contra el marido separado cuando el uso de la vivienda lo tenía atribuido la mujer le concede el amparo en razón a lo que entiende interpretación correcta del art. 96 Cc. por considerar que hay infracción del art. 24 referido al derecho a la tutela judicial efectiva. Dentro de este grupo de sentencias comento también la 176/1989 a la que calificó de peculiarísima en cuanto se trataba de una esposa divorciada del primer marido y del segundo, pero en este caso denegó el amparo.

VII. A continuación don Diego Lozano Romeral, Secretario General Técnico del MOPT, en sesión de mañana y tarde, expuso su conferencia sobre «Cuestiones esenciales de cara a la futura regulación de los arrendamientos urbano: (I) Vivienda y (II) Uso distinto al de Vivienda». Resumimos las dos ponencias a continuación.

Comenzó diciendo que el proyecto sigue la técnica del TR de 1964 de no regular con carácter general el contrato de arrendamiento de fincas urbanas. Se parte del principio de libertad contractual entre arrendador y arrendatarios y se abandona la tradicional división entre arrendamiento de vivienda y de local de negocio sustituyéndolo por el de vivienda y de uso distinto de vivienda. Sobre el ámbito de los arrendamientos urbanos dijo que la cuestión objeto de debate se va a plantear en el terreno de los arrendamientos de uso mixto y si era conveniente o no hacer resurgir el problema de las viviendas suntuarias.

Respecto de los elementos personales planteó algunas cuestiones tales como la posibilidad del matrimonio como titular del contrato así como las uniones de hecho, y recordó lo que tiene dicho el TC sobre esta materia. También planteó la posibilidad de que una misma persona sea titular de varios contratos en los casos anteriormente nombrados. Examinó la desaparición de las cesiones y la situación en que quedarían las subrogaciones.

Respecto a los elementos reales planteó los problemas del concepto de finca habitable, el subarriendo donde el arrendamiento total queda prohibido y la admisión del parcial con ciertos requisitos entre ellos la necesidad de consentimiento de arrendador.

Respecto de los elementos formales se suscitó el debate sobre si era conveniente hacer obligatoria la inscripción en el Registro de la Propiedad, dotándola de carácter constitutivo. El proyecto pretendía modificar el art. 2.5 de la LH para facilitar el acceso de los contratos de arrendamientos al Registro de la Propiedad.

Respecto de la duración la situación actual es de entera libertad pero el proyecto plantea una propuesta de duración mínima de cuatro años, con la posibilidad del arrendatario de desistir. Se plantea ahora la cuestión de si el arrendador puede recuperar en algún caso la vivienda antes de que transcurra el plazo de cuatro años.

Respecto de la renta será la pactada libremente por las partes y se podrá establecer cláusulas de actualizaciones, pero en los cuatro primeros años no podrá ser superior al límite marcado por el IPC. Este plazo de cuatro años también opera para las elevaciones de rentas por mejoras.

Respecto de los derechos y obligaciones de las partes el proyecto contiene la novedad de asignar los gastos de obras de conservación al arrendatario y el principio general de prohibición de obras no consentidas salvo para el arrendatario minusválido o con personas minusválidas a su cargo. Distingue también entre gastos individualizables y no individualizable para que el arrendatario pueda saber cómo va a evolucionar el coste económico del contrato. Los tributos podrán pactarse a cargo del arrendatario con el

límite del IPC. Se omite deliberadamente en el proyecto los derechos de tanteo y retracto. La fianza, fuente de financiación de las Comunidades Autónomas, se consideran de carácter voluntaria y se puede pactar cualquier instrumento de garantía que se considere necesario. A pesar de todo —dijo el ponente— es un debate sin cerrar.

Respecto de la supresión, extinción y resolución queda prácticamente igual.

VIII. El miércoles 8 de septiembre la señora Nicole Andrée Lhomme de la Direction de L'Habitat et de la Construction du Ministère du Logement de Francia disertó sobre el pasado y el presente de los arrendamientos urbanos en el derecho francés. Su ponencia la vamos a resumir de la siguiente manera:

La ponente dijo que la legislación arrendaticia en Francia había sido regulada principalmente hasta 1982 por el Código Civil sobre la base del principio de libertad contractual.

Como consecuencia de la ausencia de normas referentes a los arrendamientos y la evolución de las rentas a partir de los años setenta se produjeron numerosas dificultades, por lo que pareció necesario al legislador intervenir en la materia en 1982.

A partir de esta fecha, y como consecuencia de los cambios políticos, Francia conoció tres legislaciones sucesivas:

- la Ley de 22 de julio de 1982, llamada Ley Quilliot.
- la Ley de 23 de diciembre de 1986, llamada Ley Méhaignerie.
- la Ley de 6 de julio de 1989.

A continuación comentó la ponente estas tres leyes siguiendo su orden cronológico.

La Ley Quilliot, aprobada en 1982, creó una verdadera reglamentación sobre arrendamientos puesto que la necesidad era totalmente imperiosa al comienzo de los años sesenta y tenía como objetivo poner fin a la precaria situación de los arrendamientos. Esta legislación aseguró un contrato de duración fija a los inquilinos, al arrendador la facultad de recuperar su bien en unas determinadas condiciones. En materia de rentas la ley preveía su evolución moderada de forma concertada.

La legislación de 1982 —dijo la ponente— ha constituido una verdadera revolución pues ha supuesto un estudio completo de la legislación de arrendamientos.

En 1986, la caída de la inversión inmobiliaria provocó importantes tensiones en el mercado de alquileres por lo que fue preciso aprobar una nueva ley para relanzar la inversión. Así nació la Ley Méhaignerie de 23 de diciembre de 1986 que restableció la libertad contractual, preveía un período transitorio, total libertad del propietario para poder desahuciar al inquilino sin motivo al final del contrato y revalorizar libremente el alquiler.

En el período transitorio preveía la ley la actualización progresiva de los alquileres tomando como punto de referencia los alquileres del vecindario.

Rápidamente aparecieron los efectos no queridos por esta legislación: fuertes subidas de alquileres, mayor precariedad de los arrendamientos... En estas condiciones se consideró indispensable por la nueva mayoría parlamentaria salida de las elecciones de 1988 modificar las disposiciones legislativas existentes en estas fechas.

La Ley de 6 de julio de 1989 tenía como objeto establecer un nuevo equilibrio entre las respectivas aspiraciones de los arrendadores y arrendatarios, permitiendo a los propietarios tener la seguridad de un arrendamiento adecuado a su inversión, y a los inquilinos disponer de garantías reales para la ocupación de su alojamiento durante un período de tiempo determinado.

La necesidad de avisar el desahucio y la obligación de comunicar el aumento de la renta, la referencia de rentas del vecindario para el aumento de rentas de locales han sido consagrado definitivamente en la ley de julio de 1989.

Para evitar las fuertes tensiones que puedan producirse en materia de alquileres en la región parisina se ha dejado la posibilidad de intervenir al gobierno para que pueda atemperar las rentas.

Concluyó diciendo el ponente que la ley está vigente desde hace cuatro años y que anualmente se puede conocer los efectos de la ley por un informe que los servicios del gobierno facilitan periódicamente y que concretamente el informe de 1993 ha puesto de manifiesto que se ha producido una desaceleración en la subida de los alquileres.

Actualmente todo el mundo está de acuerdo en reconocer que con la Ley de 1989 se ha alcanzado un equilibrio satisfactorio y que sería perjudicial para arrendadores y arrendatarios modificar una vez más la ley vigente.

IX. La segunda sesión de la mañana estuvo a cargo de don Joaquín de Fuentes Bardají cuya ponencia se titulaba «Los procesos arrendaticios: configuración actual y posibilidades de reforma». Decía el ponente que ha llegado a ser un lugar común entre los juristas el hablar de la «reforma procesal». En el orden jurisdiccional civil dicha reforma deberá estructurarse a través de una simplificación, e incluso supresión de procesos especiales y una acomodación y asimilación de los llamados procesos comunes.

La meditada reforma procesal, en cuanto referida a los procesos arrendaticios, debe pasar por las medidas siguientes:

— La ratificación de la unificación procedimental que se plasmó en la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. De esta forma sólo deberán subsistir dos grandes procesos, el de desahucio (aplicable a los supuestos de precario, extinción de plazo y falta de pago de la renta) y el declarativo ordinario en el que se sustanciarían todas las demás pretensiones y que deberá acomodarse a los trámites de uno de los procesos comunes más simplificados.

— Establecer un nuevo régimen para las enervaciones y para las rehabilitaciones de los contratos (art. 147 de la LAU) de forma que aquéllas se reduzcan y éstos prácticamente desaparezcan.

— Establecer la competencia del órgano jurisdiccional en función del lugar de ubicación del inmueble objeto del contrato.

— Establecer algún mecanismo impugnativo que permita acceder al Tribunal Supremo, en orden a construir en sede casacional una doctrina jurisprudencial uniforme. En todo caso la vía impugnativa deberá configurarse de forma de que no se colapse la Sala Primera del Alto Tribunal.

X. El jueves 9 de septiembre don Joaquín de Fuentes desarrolló su ponencia sobre «Los contratos vigentes de arrendamiento de viviendas en el marco de la reforma de los arrendamientos urbanos», cuyo resumen es el siguiente:

La necesidad de encontrar un punto de encuentro y equilibrio entre los derechos de propiedad privada y de disfrute de vivienda digna y adecuada, requiere una respuesta eficaz del ordenamiento jurídico que ha recibido distintas formulaciones a largo del presente siglo.

El carácter marcadamente tuitivo para el arrendatario de la legislación de 1964, que tiene su origen en las circunstancias nacidas de la posguerra civil, ha determinado una política de renta y de subrogaciones que tuvo como consecuencia el bloque del mercado de los alquileres que de manera parcialmente brusca rompió el Real Decreto-ley de 1985 de Medidas de Política Económica.

La necesidad unánimemente sentida de dotar de un nuevo marco sustantivo al contrato de arrendamiento (suprimiendo la prórroga forzosa; estableciendo un período mínimo de duración del contrato —alrededor de cuatro años—; acomodando las subrogaciones al plazo pactado, etc.), hace imprescindible acometer el establecimiento de un régimen transitorio para el inquilinato que sin expulsar de su actual *status* a los arrendatarios venga, sin embargo, a limitar aquellos aspectos de la relación arrendaticia que resultan incongruentes y contraproducentes. A lo largo de la ponencia se estudió la supresión de la subrogación *inter vivos* y la limitación *mortis causa*; la actualización de las rentas congeladas; el mecanismo de repercusión de los gastos necesarios de conservación y la posibilidad de discriminar la situación de los arrendatarios en función de su situación económica.

XI. La segunda sesión de la mañana estuvo a cargo de don Oscar Alzaga, Abogado y Catedrático de Derecho Político de la UNED, quien disertó sobre «Los contratos vigentes en el marco de la reforma: Problemas y soluciones (II)». Empezó diciendo el ponente que la LAU vulnera el art. 33 de la Constitución referente al derecho de propiedad. Examinó el concepto de derecho de propiedad y su función social comentando la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 1986 sobre la Reforma Agraria andaluz puesto que es la función social de la propiedad la que se invoca para justificar las prórrogas y el control de las rentas en los arrendamientos urbanos. Consideró el ponente que si bien esto es posible en materia de vivienda difícilmente se podía invocar respecto de los locales de negocio ya que es dudoso que éstos cumplan una función social protegida constitucionalmente. En base a estos preceptos constitucionales —dijo el

ponente— la LAU vulnera la Constitución al consagrar arrendamientos perpetuos que se eternizan a lo largo de generaciones a través de la prórroga forzosa y las subrogaciones a cambio de rentas irrisorias. Sobre esta materia comentó la sentencia 30/1969 del Tribunal Constitucional Italiano. Propuso que la nueva ley consagre la extinción de la prórroga forzosa y que establezca un calendario o arbitre algún sistema para actualizar los contratos más gravosos en un período de tiempo más o menos breve.

XIII. En sesión de tarde del jueves 9 de septiembre tuvo lugar una mesa redonda con el título de «Instrumentos complementarios para la reforma del mercado de los arrendamientos: Política fiscal. Fondos de Inversión Inmobiliaria...», en donde intervinieron doña Concepción Osacar, Directora General del Grupo Pelloux, y don Fernando Prat, Arquitecto-Urbano y miembro del comité de expertos de la política de vivienda del MOPT. Estaba también previsto que asistiera don Miguel Angel Lasheras como Director General del Instituto de Estudios Fiscales pero que por su reciente designación para otro cargo de la Administración del Estado declinó su asistencia.

Comenzó interviniendo don Fernando Prat quién centro su exposición en cinco puntos:

— El primero de ellos lo dedicó a recalcar la importancia de los alquileres en la política de vivienda manifestando que los problemas no son de solución uniforme y que fundamentalmente es un problema de acceso, según conclusión del comité de expertos.

— En segundo lugar dijo que el problema de los alquileres ya no se puede considerar como un problema de minorías ni se pueden solucionar sólo con recursos públicos. Manifestó que los informes que posee la comisión de expertos prevén de diez a veinte años duros demográficamente hablando, lo que aconseja aunar el esfuerzo de todas las administraciones públicas para poder contar con un número mínimo de viviendas en alquiler, pensando sobre todos en sectores como la juventud.

— En tercer lugar hizo una referencia de la situación en el resto de Europa con relación a España, poniendo de manifiesto nuestro retraso en esta materia, con un sector público débil y no renovado, sociedades especialistas muy reducidas y monopolio del mercado de los alquileres en manos de los pequeños propietarios, falta de un sector social del alquiler (50 por 100 en Francia, 70 por 100, en Gran Bretaña, 20 por 100 en Alemania...). Destacó que en los países de Europa existe el subsidio de ayuda al alquiler que en algunos países puede llegar hasta el 50 por 100 o incluso el 70 por 100.

— En cuarto lugar como líneas de trabajo recomendó: 1) posibilitar la inversión pública como política de integración social. 2) fomentar la idea del alquiler social. 3) gestionar más eficazmente el patrimonio edificado en alquiler. 4) ofertar con el sector privado alquileres con precio tasado pero que garantice una rentabilidad mínima y sobre todo flexibilidad del arrendamiento. 5) establecer subsidios familiares para alquileres. 6) innovar el gasto público en materia de vivienda.

— En quinto lugar habló de los instrumentos para poner en marcha la propiedad en alquiler, entre los que citó incentivos a la vivienda en alquiler, espíritu de innovación en las CC.AA. y como pieza clave los Fondos de Inversión Inmobiliaria.

Por último criticó la LAU por no contemplar una oferta de viviendas en alquiler con precio tasado y la posibilidad de productos combinados y no pensar en los Fondos de Inversión Inmobiliaria como una salida a esta cuestión.

A continuación le tocó el turno a doña Concepción Osacar quien habló de los Fondos de Inversión Inmobiliaria. De ellos dijo que es un medio a través del cual se va a poder canalizar la inversión de los pequeños ahorradores hacia el sector inmobiliario. Hizo referencia al sistema francés y al suizo como ejemplo de democratización y transparencia de la inversión inmobiliaria. Puso de manifiesto que estos Fondos se consideran como instituciones de inversión colectiva, no financieras, que funcionan como Sociedades de Inversión Inmobiliaria, pero que al no tener los Fondos personalidad jurídica necesitan de la presencia de una sociedad gestora a través de la cuales actúan en el mercado.

Dijo que una Orden Ministerial parece va a reconocer como objeto del Fondo no sólo a las viviendas individuales y locales comerciales sino también los edificios completos de viviendas, oficinas, aparcamientos. Respecto de la explotación de los Fondos las notas más importantes van a ser el régimen de alquileres, la posibilidad de venta de edificaciones sólo a partir del cuarto año para facilitar su renovación y rehabilitación de su patrimonio y la prohibición de que puedan promover.

Sobre las características de los Fondos dijo que el patrimonio mínimo sería de 1.500 millones; las aportaciones serían en efectivo; no se podría comprar ni vender inmuebles perteneciente al grupo de la gestora; el patrimonio estaría representado en participaciones; el valor liquidativo sería mensual con derecho de reembolso para el partícipe; los reembolsos serían al menos anuales; las tasaciones anuales; los partícipes al menos serían cien con limitaciones de participación directa e indirecta.

Las características de las Sociedades de Inversión Inmobiliarias serían Sociedades Anónimas de capital fijo; capital mínimo de 1.500 millones; aportación en efectivo; acciones nominativas; obligación de valorar el patrimonio inmobiliario una vez al año; exigencia de honorabilidad, conocimientos y experiencia financiera e inmobiliaria de los administradores y directivos; cien accionistas como mínimo.

Por lo que se refiere de los Fondos se establecerían limitaciones a los arrendatarios que no podrían ser socios ni partícipes ni personas vinculadas; los alquileres a entidades de un mismo grupo no podrá representar más del 25 por 100 del activo.

Por último habló la ponente de la evolución de los Fondos y de su fiscalidad reseñando que a los Fondos le interesa fundamentalmente contratos de larga duración.

XIII. El viernes 10 de septiembre se celebró la mesa redonda con la denominación «Intereses en conflicto en la reforma de los arrendamientos urbanos: Propietarios y arrendatarios», donde intervinieron don Javier García Renedo por Metrovacesa, doña Belén Veleiro por las Cámaras de Comercio y doña Emilia Gómez Huerta, Coordinadora del Grupo de Trabajo de la Confederación Estatal de Consumidores y Usuarios, así como los Representantes de Asociaciones de Propietarios y Usuarios. En la mesa redonda se puso de manifiesto los diferentes puntos de vistas allí representados y los intereses contrapuestos de cada una de las partes afectadas por la futura reforma.

Por último, reseñar que la clausura del Seminario estuvo a cargo de don Antonio Llardén Carratalá, Subsecretario de Obras Públicas y Transportes.

MANUEL ALONSO NÚÑEZ
Prof. Asociado de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BADENAS CARPIO, Juan Manuel: *El sistema arbitral de reclamaciones de consumo*, Generalidad Valenciana, Valencia, 1993, 251 páginas.

El trabajo cuyo autor es el profesor Badenas Carpio, originariamente constituyó su tesis doctoral que obtuvo la máxima calificación. Pero no tema el lector encontrar un libro farragoso y pesado, sino que, por el contrario, se trata de una obra con un estilo ágil y fácil de leer, se podrán o no discutir algunas de las afirmaciones que hace el profesor Badenas, pero eso pertenece a la normalidad ya que todos sabemos que el Derecho no es una ciencia exacta precisamente.

Abordando este tema, el autor ha entrado de lleno en dos campos de gran trascendencia teórica y práctica: el Derecho del Consumo y el Arbitraje. El primero de ellos capaz de generar una incisiva —y futura— reforma en el derecho de obligaciones y contratos. El segundo, constituyéndose en auténtica alternativa al proceso judicial. Para el autor, la idea está clara: Derecho del consumidor y procedimiento arbitral son dos polos opuestos que se atraen irresistiblemente, de tal manera que los pequeños y frecuentes litigios surgidos en el ámbito de las relaciones de consumo tienen su natural solución en el Sistema Arbitral de Consumo. Y, por supuesto, no le falta razón. ¿Qué sentido tiene acudir ante un Juez con una *reclamación* acerca del precio de limpieza de una prenda de tintorería? El número de quejas de los consumidores ha subido exponencialmente en estos últimos años. El arbitraje de consumo les abre una vía rápida, poco costosa y eficaz.

El libro presenta dos partes bien diferenciadas, partiendo del art. 51 de la Constitución, que instaba a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores. En la primera, se hace un estudio de la Ley 5 de diciembre de 1988, sobre Arbitraje. En la segunda se estudia más propiamente el arbitraje de consumo.

No sobra la primera parte. No olvidemos que la Ley de Arbitraje constituye el marco general y supletorio en que se mueve el sistema arbitral de consumo creado por el real Decreto 636/1993, de 3 de mayo. Para poder

conocer éste, previamente el lector ha de recordar cuáles son los conceptos básicos del arbitraje. Éstos son explicados por el profesor Badenas con brevedad y concisión y —también— con alguna vehemencia en ocasiones, sobre todo cuando sus opiniones están en abierta contradicción con otras.

Al estudio del sistema arbitral de consumo dedica el resto del libro, cuantitativamente la mayor parte del mismo. Lo primero que hay que agradecerle es que sepa bajar a la arena procesalista. Con la misma agilidad y convicción con que nos explica lo que es el «Convenio arbitral de consumo», se introduce en el «Procedimiento arbitral de consumo» o disecciona el «Laudó arbitral de consumo».

El éxito del arbitraje de consumo radica, según se destaca por el profesor Badenas, en las Juntas Arbitrales de Consumo, ya que son ellas las que han de fomentar los convenios arbitrales entre consumidores y empresarios, además de realizar una función de administración en cuanto al desarrollo del arbitraje, en el caso de que éste efectivamente se realice. Con ello se quiere asegurar que el arbitraje llegará a buen puerto. Y ello se consigue vigilando el funcionamiento del mismo, por encima de los intereses particulares de los dos contrincantes, a pesar de que éstos se hayan comprometido mediante un convenio arbitral.

En cuanto a la otra función de la Junta Arbitral —la de fomentar los convenios arbitrales entre consumidores y empresarios—, sólo destacar que la misma se realiza mediante el ofrecimiento del sistema arbitral a los empresarios y su consiguiente adhesión mediante oferta pública de los mismos de sometimiento al arbitraje de una Junta Arbitral de Consumo. Y en cuanto a los consumidores, se trata de que las fundamentales Asociaciones de consumidores se den plena cuenta de la eficacia de una vía arbitral para la resolución de los conflictos de sus asociados y que, por tanto, realicen una labor de difusión del mismo.

LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO
Catedrático de Derecho civil
de la Universidad Jaime I de Castellón

DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen primero, *Introducción. Teoría del contrato*, cuarta edición, Civitas, Madrid, 1993, 489 pp.; volumen segundo, *Las relaciones obligatorias*, cuarta edición, Civitas, Madrid, 1993. 895 pp.

Permitásemme recordar ante el lector de esta noticia bibliográfica (de esta importante noticia: y es obvio que, en contra de lo que es usual en nuestro país, al menos en estos momentos, refiero la importancia a la novedad noticiada) un sentimiento personal, con toda evidencia ilegítimo a la hora de la presentación y la valoración de una obra científica, en sí mismo con-

siderado; pero tal vez útil como punto de partida. Ese sentimiento era de temor, o si se quiere, de cierta desazón, sabedor de la profunda revisión a que el profesor Díez-Picazo sometía, desde hacía algún tiempo, sus clásicos *Fundamentos*; temor y desazón del todo irracionales, pero que tenían su base última en el hecho, que he podido comprobar comparto con muchos juristas de mi generación, de que el libro fue un elemento esencial de nuestra formación, y nos acompañó, desde entonces, y hasta ahora, como un punto de inevitable referencia. En efecto, y muchos lo percibimos así en nuestro comienzos, la salida de aquellos *Fundamentos* a la luz supuso una lluvia sobre el páramo, que con expresas excepciones, y casi ninguna contenida en una exposición general, era nuestra literatura jurídica en materia de obligaciones y contratos, en especial yermo en lo relativo a la teoría general del contrato: en este concreto dominio el recurso a la literatura extranjera era imposible de evitar. Si se suma todo se entenderá la desazón y el temor: unos *Fundamentos* nuevos vendrían a ser, de manera ineludible, como una suerte de reexamen de nosotros mismos, nos obligarían a hacer las cuentas con parte de nuestro pasado estudioso; porque no dudábamos de que esa profunda revisión sería llevada a cabo con extraordinaria exigencia y rigor, y nos colocaría, de nuevo, ante el reto de la exigencia y el rigor propios. El clásico se renovaba a sí mismo y exigía una lectura renovada. Esa lectura, ¿qué depararía? ¿La pérdida de asentadas ideas? ¿La reafirmación en el valor de un método de planteamiento de problemas, como concibió Luis Díez-Picazo la obra originaria? En suma, ¿cómo serían estos renovados *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*?

Con toda seguridad, es esta última pregunta, y no una actitud personal ante el libro, lo que aquí interesa. Y me apresuro a contestarla. Pero se entienda bien: una respuesta exhaustiva no es posible darla, porque toda obra maestra (y esta lo es) tiene una capacidad prácticamente ilimitada de sugerir, y el libro es también su capacidad de sugerencia, ligada a lo que el propio Díez-Picazo llama la concepción helénica ante aquél. No obstante, resulta obligado dar una reseña de las variaciones de su contenido material, en relación con las ediciones precedentes, de las que trae evidente causa, pero con respecto a las cuales es un libro distinto (distinto y el mismo, como más adelante diré). Pero me proveo de otra cautela: referencio las que me parecen más significativas (sería un tedioso ejercicio para el lector, que además no sustituiría nunca la tarea del que estuviera interesado en un punto concreto, pretender una presentación comparativa casi a doble página), lo que no deja de ser, otra vez, una elección «helénica», dictada por mis particulares inquietudes. Dicho lo anterior, y desde esa premisa, cabría destacar en el volumen primero la formulación de acuerdo con el marco constitucional de las cuestiones atinentes al orden público económico; la exposición del tema de las atribuciones patrimoniales injustificadas, a las que Díez-Picazo ha dedicado profunda atención en años precedentes; el anclaje constitucional del contrato, y el Derecho del Consumidor; las modernas orientaciones en materia de voluntad y declaración; el tratamiento del miedo ambiental como vicio del consentimiento; renovadas perspectivas

sobre el error contractual y la autocontratación; la lujosa reafirmación causalista, recurrente en tantas páginas; la oferta pública de adquisición de valores, dentro de los mecanismos de la formación del contrato; la incidencia de la publicidad comercial en ésta; el riquísimo tratamiento de las condiciones generales de la contratación; el de los contratos en favor de terceros; los regímenes típicos de la ineficacia contractual, en los que resplandecen intensas dedicaciones previas del autor.

Y con el mismo ánimo no exhaustivo, en el volumen segundo se pueden enumerar la exposición del canon de la diligencia como marco de desenvolvimiento de la relación obligatoria; las cargas del acreedor; los cuasi-contratos, explicados a través del prisma del enriquecimiento sin causa; la generosa revisión de la teoría de la pluralidad de sujetos en la relación obligatoria; las obligaciones monetarias internacionales; la reformulación de problemas y soluciones en torno a las obligaciones genéricas y las alternativas; la exposición de la fianza, con atento ojo a los nuevos fenómenos: *fideiussio omnibus*, contragarantías y garantías independientes; la completa exposición del pago; la de la lesión del crédito, donde se aprecia alguna modificación sistemática, con amplísima gama de problemas y agudo análisis de las últimas tesis en juego; el más diferenciado y pormenorizado tratamiento de la resolución de la obligación sinalagmática; la concurrencia de acreedores e insuficiencia del patrimonio del deudor, con especial atención a los créditos salariales.

* * *

Es claro que la obra, y no es el menor de sus méritos, consiente una lectura dialéctica. Aunque manifiesta el autor su predilección, justa y compartible, y en profundo acuerdo con la naturaleza misma del Derecho (¡hacer ciencia no consiste, necesariamente, en *dicere contra omnes!*) por las *res certae*, no por ello se elude abordar el capítulo de las *res dubiae*. Lo que sucede es que para discutir la inmensa mayor parte de éstas habrá que partir, sin más remedio, de las posiciones que estos *Fundamentos* formulan, y formulan tanto, y tan bien, que resulta del todo inadecuado articular un apartado de desacuerdos, que nada harían variar la opinión sobre la poderosa visión de conjunto de Díez-Picazo, realmente destinada a permanecer como un hito esencial de nuestro Derecho Privado, abridora de caminos incluso para el disentimiento.

Poderosa visión de conjunto, decía. Cierta, pero anclada en el más firme obsequio del caso y del dato normativo concreto; de trabazón técnica inobjetable. Y no menos cierto es, al tiempo, que a través de toda ella, recorriéndola como un fluido vital, se pueden observar principios y características que la dotan de una elevada coherencia intrínseca. Al enumerar las que me parecen principales no dejaría de destacar el firme lazo con que Díez-Picazo anuda las figuras centrales del Derecho Civil patrimonial con los mandatos constitucionales; ni olvidaría la presencia continua del *desideratum* de la moralización de las relaciones jurídicas; ni faltaría el resalte

del esfuerzo de modernización y actualización de las instituciones del tráfico de los bienes, yendo, cuando hay que ir, a extramuros del Código, incluso cuando los muros nacionales han cedido, y el viejo *ius civile* recobra su antigua vocación de regir comunidades más amplias que las amparadas por el Estado. Constitucionalización, moralización, modernización: fértiles principios con los que una obra, sin dejar de ser un clásico se convierte en una obra firmemente adherida a nuestro tiempo. Precisamente por ello es por lo que creo se puede afirmar lícitamente lo que al principio hacía: que este libro es el mismo originario, y al tiempo, como una especie de aparente contradicción, distinto. Y así, desaparecen el temor y la desazón de que hablaba al principio: a muchos nos seguirán acompañando, y ahora con nuevos estímulos, los *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*.

* * *

Hay en la literatura jurídica de toda una época obras que marcan un antes y un después. Creo, con toda sinceridad, que hay un antes y un después del Derecho de las obligaciones y del contrato (para mi particular opinión, desde luego hartamente discutible, de manera más señalada en el caso de la teoría general del contrato, por motivos que antes esboqué) marcados por la obra de Díez-Picazo, básicamente por estos *Fundamentos*, desde que comenzaron su recorrido hasta hoy. De pocas obras generales se puede decir tal cosa en nuestro país, aun existiendo muchas, y no pocas excelentes: habría que pensar, por ejemplo, en la *Parte General* de don Federico de Castro, o en el *Derecho de Sucesiones* de José Luis Lacruz, porque nada fue ya igual en los respectivos campos tras su aparición. Ya hace bastantes años que sucede cosa idéntica con esta obra del ilustre Maestro de la Universidad Autónoma de Madrid; obra, por cierto, dedicada a la insigne memoria del que lo fue suyo (y de todos los civilistas españoles, incluso de los que no gozaron de su enseñanza directa); dedicatoria en la que algunos queremos ver el signo de la continuidad de un gran tratado del Derecho Civil de España, tarea en la que estamos seguros que la mente fecunda de Luis Díez-Picazo tiene todavía que pronunciar importantes palabras.

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: *Derecho de la familia*. Madrid, 1993, 404 pp.

Los libros pueden estar respaldados por lecturas o por vivencias. En algunos casos el armazón único de un libro es excesivamente visible: fichas, papeletas, citas. «Todo excelente trabajo —puede leerse en Azorín, que no era precisamente científico, pero que pensó sensatamente sobre muchas cosas— ha empleado siempre las papeletas; pero este sistema no es la base

más segura de la ciencia. Los peligros de tal sistema, llevado al extremo, son evidentes. Las bibliotecas están llenas de libros pesados, mazorrales y de escasísimo valor. Hay en ellos mucho método, sí, pero ninguna idea.»

Otros libros parten de la experiencia. Combinan vivencia y lectura. Y reflexión. Son libros que surgen casi espontáneamente: constituyen la reflexión diaria del autor. No responden a la rebusca de un tema original sobre el que escribir. Derivan del quehacer cotidiano, de las preocupaciones personales, de las inquietudes que, en ocasiones, quitan el sueño. Podrían escribirse para uno mismo: para ponerse en claro, para ordenar ideas que el autor necesita para su propia vida. Estos libros, en que el autor tiene tanto interés personal —que tienen tanto de autobiografía—, son los que más interesan a la generalidad de los lectores.

Con este libro de Víctor Garrido sucede así. «Este libro ha venido fraguándose a lo largo de más de veinticinco años —escribe el autor en la primera línea—. Durante la elaboración concreta de la obra he cumplido veinticinco años de matrimonio y de profesión.» ¿Podrá criticarse un libro así, aduciendo que no tiene a pie de página notas de bibliografía finlandesa? Sería muy pueril. Pero algún investigador puede que lo haga.

Como Víctor Garrido conoce la institución familiar desde dos atalayas insuperables —el matrimonio y la paternidad de un lado, y el despacho notarial de otro—, su visión de la materia no es ni parcial, ni teórica, ni fríamente erudita. Por eso el libro tiene un raro equilibrio: tiene presente la insospechada variedad de los problemas reales, y expone la sospechada limitación de las soluciones teóricas; rememora las cuestiones que ha visto encarnadas en personas concretas, y ofrece la solución que pensó para cada una de ellas.

Acostumbrados a monografías que sólo tienen dimensión vertical, el libro de Víctor Garrido, que no es sólo tridimensional —como el mismo dice: doctrinal, práctico y bibliográfico—, sino también poliédrico —civil, mercantil, fiscal, notarial e hipotecario, doctrinal y jurisprudencial, sustantivo y documental...—, es un fenómeno sorprendente en nuestra literatura jurídica. También resulta sorprendente que no esté fundamentado en los criterios que hoy parecen ser los únicos que legitiman la investigación: la sociología, la estadística, el análisis económico del Derecho.

Aunque la mayor originalidad del libro reside en el modo de tratar las materias que aborda, algo debe decirse también de esas materias. Al examen de las cuestiones que tradicionalmente vertebran el Derecho de familia —el matrimonio y sus efectos personales y patrimoniales, y la filiación—, añade el autor otras que suelen encuadrarse en marcos jurídicos distintos: la sucesión en el ámbito familiar, la empresa y la sociedad familiar, la fiscalidad de los diversos negocios que se desarrollan en la esfera de la familia—. Pero lo que hace singular a este libro es el enfoque: se expone razonada y críticamente el Derecho positivo, se contrasta con la interpretación jurisprudencial —con especial detenimiento en la doctrina de la Dirección de

los Registros—, se ofrecen unas sucintas conclusiones —que en ocasiones son síntesis normativas, pero en otras, la mayoría, son perspectivas críticas, globales—, se añaden fórmulas documentales, y, al final de algunos capítulos, se sitúan breves estudios monográficos que completan la exposición general.

Los subepígrafes de algunos capítulos y secciones del libro son especialmente reveladores de ese singular enfoque que Víctor Garrido de Palma da a su obra: «Problemática real»; «Aplicaciones prácticas»; «Planteamientos doctrinales sobre la problemática»; «Los problemas que más preocupan». Es cierto que una buena teoría es la mejor práctica; pero frente a esta afirmación, que entraña un cierto fanatismo doctrinal, también es verdad, aunque sea algo perogrullesco, que unas buenas consideraciones prácticas tiene gran utilidad práctica.

Víctor Garrido participó hace años en un libro colectivo titulado *En defensa de la vida* (Madrid, 1983). En la introducción de este libro —en la que creo ver el estilo de Julián Marías, autor del primer ensayo— se dice: «Este libro ha sido elaborado con cariño. Está escrito fundamentalmente por juristas y se dirige al mundo del Derecho, pero nace con vocación de ser lectura para todos. No se escribe contra nadie y quienes lo redactan entienden, aunque no compartan, los argumentos de quienes no piensan igual. Mas sus autores desean ardentemente, que sea como un aldabonazo a la conciencia jurídica española.» Ideas semejantes creo que laten también en este *Derecho de la familia* de Víctor Garrido de Palma: cariño, vocación, respeto, conciencia. Juzgue el lector si éste es el tono que está acostumbrado a percibir en obras semejantes. Y valore si la pasión del autor por la familia, el matrimonio, los hijos y la vida —que se trasluce a lo largo de todas sus páginas— no enriquece y avalora una obra que es también rigurosa y científica.

ANTONIO PAU PEDRÓN

MARTINEZ FLOREZ, AURORA: *Las interdicciones legales del quebrado*. Civitas, Madrid, 1993, 357 pp.

I. La doctrina mercantilista española ha venido dispensando un tratamiento unitario al conjunto de limitaciones que la declaración de quiebra produce en el deudor común: inhabilitación, interdicciones legales y limitación de derechos fundamentales. Frente a esta postura tradicional, la obra que nos ocupa parte de una radical distinción dentro de esas limitaciones en la medida en que responden a diferentes finalidades. Al mismo tiempo, esa divergencia de fines justificaría, a juicio de la autora, las diferencias de régimen jurídico entre unas y otras limitaciones. Se pone así el acento a lo largo de la obra en la *independencia formal y funcional existente entre*

la inhabilitación para la administración de los bienes (art. 878 C. de c. de 1885) y las interdicciones legales del quebrado (art. 922 C. de c. de 1885).

La inhabilitación afecta directamente a los bienes propiedad del quebrado y se dirige a la tutela de los intereses de los acreedores concursales. Las interdicciones legales, por su parte, recaen directamente sobre la persona del deudor común, se imponen en consideración a ella, y obedecen al deseo de sancionar al quebrado o de proteger a los terceros o ambas cosas a la vez. Junto a ello, desde una perspectiva histórica se pone de manifiesto que las interdicciones legales están vinculadas al origen mismo de la institución de la quiebra y son manifestación del carácter penal que en ese momento inicial se atribuía a este procedimiento, de tal forma que en las leyes más modernas (ley francesa) no se producen de manera automática con la declaración judicial de quiebra sino que se vinculan a una eventual declaración de culpabilidad del deudor: la inhabilitación, en cambio, no es más que una de las múltiples técnicas que han arbitrado los sistemas jurídicos a lo largo de las distintas épocas con el fin exclusivo de garantizar el derecho de los acreedores al cobro de sus créditos. Ahora bien, para la autora, *el argumento más claro que demuestra que las interdicciones legales no son manifestación concreta de la inhabilitación es que mientras esta última está vinculada a la existencia del procedimiento de quiebra y termina con él, aquéllas subsisten tras la clausura del procedimiento y para su extinción es necesaria una declaración judicial de rehabilitación.* Ello pone de manifiesto, también en este aspecto del procedimiento, la tradicional severidad del derecho español en la regulación de la quiebra.

Al margen de estas dos categorías de limitaciones, inhabilitación e interdicciones legales, la limitación de algunos derechos fundamentales del deudor quebrado responde, según la autora, a la finalidad de facilitar el desarrollo del procedimiento concursal.

II. En los primeros capítulos de la obra (II y III) la profesora Martínez Flórez se adentra en el estudio *del fundamento y la naturaleza jurídica de las interdicciones legales.* Para ello lleva a cabo un detenido análisis de la evolución sufrida por la institución desde sus orígenes italianos bajo medievales hasta la codificación, con profusión de fuentes de notable interés (pp. 37 a 113). Dicho análisis le permite constatar cómo frente a la tradición histórica, en el derecho español actual *el fundamento último de las interdicciones se ha reducido a una cuestión puramente formal: la sujeción del deudor al procedimiento de quiebra.* En la legislación española la sumisión del deudor a las interdicciones no depende de su estado patrimonial o de su actuación culposa o fraudulenta, sino de su sometimiento a este específico y especial procedimiento concursal. De manera que las interdicciones no aparecen conectadas a una situación económica determinada del deudor, ni a una actuación incorrecta de éste que las haga eficaces en cualquier procedimiento de darse esas circunstancias; a pesar de que estas soluciones, según la autora, se hallarían más acordes con su verdadera *naturaleza jurídica: sancionatoria y preventiva.* Las interdicciones legales cumplen una

función preventiva en la medida en que representan un freno para la comisión de abusos o fraudes; y tienen una finalidad sancionatoria, en cuanto recaen sobre el sujeto en atención a la situación de quiebra en que se encuentra, desencadenando efectos perjudiciales para el que las sufre. En definitiva, la autora constata cómo a través de dichas limitaciones todavía subsiste una concepción infamante de la quiebra como procedimiento que afecta a la honorabilidad profesional de la persona.

De la *tipología de las interdicciones legales* se ocupa el capítulo IV de la obra, que abarca el estudio de la interdicción para ejercer el comercio (pp. 123 a 156) y de la interdicción para ser administrador de patrimonios ajenos (pp. 156 a 222), así como el tratamiento conjunto de otras interdicciones para el ejercicio de funciones y facultades de carácter público (pp. 222 a 236).

La profesora Martínez Flórez considera que el fundamento de *la interdicción para ejercer el comercio* no puede hallarse en la falta de la libre disposición de los bienes por el quebrado (art. 878 C. de c. de 1885). El quebrado puede disponer de sus bienes una vez clausurada la quiebra y, sin embargo, no puede ejercer el comercio porque esa limitación no cesa con la clausura del procedimiento. Dicha interdicción presenta en la obra que nos ocupa una doble finalidad: represiva y preventiva. Por una parte, supone una sanción contra la falta de competencia del comerciante o frente al abuso o fraude que haya cometido en el ejercicio de su actividad; por otra, conlleva la exclusión del comerciante que ha quebrantado la confianza básica en el tráfico. Por tanto, esta limitación se dirige a la tutela del interés de los terceros frente a un sujeto que no dispone de bienes suficientes para pagar a sus acreedores, pero, en ningún caso, va directamente dirigida a tutelar los intereses de los acreedores concursales del quebrado —cuya protección se encomienda básicamente al art. 878 del C. de c. de 1885—. Desde estas consideraciones, la autora entiende que la interdicción para ejercer el comercio se aleja del ámbito de la incapacidad de obrar y se aproxima al de las inhabilitaciones especiales del derecho penal y administrativo. Los objetivos de la inhabilitación, sancionar al sujeto inhabilitado o proteger al tráfico del peligro que puede suponer su actuación o ambas cosas a la vez, parecen más acordes con los fines perseguidos por el ordenamiento a la hora de excluir a los declarados en quiebra del ejercicio del comercio.

Por otro lado, aunque desde el punto de vista normativo los actos realizados por el quebrado en contra de esa limitación se verán sancionados con la nulidad, la autora pone en duda la idoneidad de la sanción para la protección del interés de los terceros en el tráfico (pp. 155 y 156).

En cuanto a *la interdicción para administrar patrimonios ajenos*, ésta despliega su eficacia en tres ámbitos: el de las administraciones legales, el de las administraciones necesarias y el de las administraciones voluntarias. El primero abarca la tutela y demás instituciones de guarda de los menores e incapacitados, los casos de la desaparición y de la ausencia, las relaciones

familiares y el campo del derecho hereditario. En relación con el segundo, se aborda el problema de la interdicción para administrar en las sociedades personalistas cuando la administración de la sociedad esté confiada o quiera confiarse a una persona extraña a la sociedad y ésta se encuentre en quiebra. Junto a ello, destaca también el tratamiento que se da a la cuestión respecto de las sociedades capitalistas y las interesantes referencias a supuestos específicos como el de las agrupaciones de interés económico, las cooperativas, las cajas de ahorro y otras entidades de base mutualista (*vid.* nota 295).

La interdicción para administrar patrimonios ajenos se configura en esta obra como un supuesto de inhabilitación con una clara finalidad: la protección de los titulares de los bienes. Así, en cuanto a los efectos de la declaración de quiebra del administrador, la profesora Martínez Flórez pone de manifiesto que aunque la norma sólo prevé la remoción del tutor declarado en quiebra (art. 247 Cc.) y, por remisión legal, la del curador y del defensor judicial (arts. 291 y 301 Cc.), no obstante el silencio del legislador, deben aplicarse analógicamente las mismas disposiciones a los representantes legítimos del ausente y a los defensores y representantes del desaparecido. Por lo que se refiere a la administración de los bienes de los hijos, estima que la solución más lógica es acudir de nuevo a la analogía y aplicar lo previsto para la hipótesis de conflicto de intereses de uno de los padres con el menor, en la que por ley y sin necesidad de nombramiento especial la representación de éste corresponde al otro progenitor (arts. 163.2 y 299.1 Cc.). En relación con las herencias que está administrando el quebrado, si éste queda por ley inhabilitado para seguir administrando, la única alternativa es la extinción de la relación de administración. Por último, si se trata de un administrador de sociedades mercantiles o de otras entidades, habrá que determinar tanto los efectos jurídicos que producen el nombramiento como administrador de un quebrado no rehabilitado como los que genera la declaración de quiebra de un administrador que ya está desempeñando su cargo. En principio, lo que procedería sería atacar el acuerdo de nombramiento (pp. 187 a 202); ahora bien, si el administrador es declarado en quiebra puede que no sea preciso acudir al procedimiento formal de destitución del administrador declarado en quiebra, ya que el cese del mismo se produce automáticamente con la declaración de quiebra. Dos órdenes de consideraciones se apuntan en este sentido: en primer lugar, que el administrador suele estar vinculado a la sociedad por una relación contractual a la que se aplican, entre otras, las normas del mandato y la declaración de quiebra funciona como una causa de extinción automática del mandato —art. 1.732.3 Cc.—; y, en segundo lugar, que el quebrado queda inhabilitado por ley desde el mismo momento de la declaración judicial de quiebra —art. 13.2 C. de c.— (pp. 202 y 203).

Por otra parte, la interdicción para administrar patrimonios ajenos supondría también un límite para la gestión de entidades como las instituciones de inversión colectiva y los planes y fondos de pensiones; del mismo

modo que, no obstante el silencio legal, esta limitación se extendería, igualmente, al supuesto de que el quebrado pueda actuar como liquidador de una sociedad, en base a que la función que debe realizar el liquidador es una función esencialmente administrativa.

En el ámbito de las administraciones voluntarias se incluye la referencia a los auxiliares del empresario y a los contratos y cargos basados en la confianza. En relación con los primeros, la autora considera que los quebrados no pueden ser factores de las sociedades mercantiles ni de los empresarios individuales. Respecto de los segundos, aborda la extinción automática del mandato por virtud de la declaración de quiebra (p. 216) y la posibilidad de ejercicio del cargo de albacea por el sujeto quebrado (pp. 217 a 222).

De especial interés es el capítulo V de la obra *sobre el sometimiento a las interdicciones legales en la quiebra de las sociedades*. En principio, la profesora Martínez Flórez mantiene que la sumisión de la sociedad a la interdicción para ejercer el comercio tiene pleno sentido en aquellas sociedades que no se disuelven como consecuencia de la quiebra. Junto a ello, se pone de manifiesto en la obra cómo la polémica en torno a la disolución de la sociedad por virtud de la declaración judicial de quiebra —arts. 221.3 y 928 C. de c. de 1885— (pp. 238 a 248) ha venido perdiendo parte de su interés por dos órdenes de razones: en primer lugar, porque la normativa reguladora de los diversos tipos sociales (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad comanditaria por acciones, cooperativas y entidades aseguradoras) establece la necesidad de un acuerdo expreso o de una decisión judicial o administrativa para que las sociedades correspondientes se disuelvan por la declaración de quiebra; de manera que, la cuestión de si la declaración judicial de quiebra produce o no la disolución de la sociedad de pleno derecho ha quedado reducida al ámbito de las sociedades personalistas y allí son múltiples las razones que conducen a afirmar que dichas sociedades se disuelven automáticamente con la quiebra (pp. 250 a 255). En segundo lugar, porque, aunque las sociedades se disuelvan y entren en período de liquidación, no existe obstáculo para que celebren convenios de continuación de la empresa, toda vez que es posible la reactivación de las mismas. En consecuencia, para la autora, el debate se desplazaría a la determinación de los requisitos necesarios para la reactivación de la sociedad (pp. 255 a 268).

Por otro lado, también en la quiebra de sociedades la interdicción para ejercer el comercio está llamada a cumplir plenamente la función de proteger al tráfico frente a un sujeto insolvente y, según la autora, *esa necesidad de protección de los intereses de terceros frente a la situación de insolvencia patrimonial se plantea tanto si la sociedad quebrada no se ha disuelto, como si se halla en período de liquidación*. De modo que, a su juicio, serían igualmente aplicables a las sociedades que se han disuelto las interdicciones previstas para los quebrados (pp. 270 a 274).

En cuanto al sometimiento de los administradores sociales a las interdicciones legales, la autora entiende que importantes obstáculos se oponen

a ello. El primero y principal se haya en que los administradores no son jurídicamente comerciantes; además, no concurren en el caso de dichos administradores las razones que todavía están en la base de todas las interdicciones legales: la pérdida del crédito por el sujeto quebrado. En el caso de quiebra de la sociedad, esa pérdida no afecta al administrador, sino a la sociedad por él administrada. Por otra parte, la aplicación de las interdicciones legales a los administradores de las sociedades ocasionaría problemas de difícil solución en el derecho concursal español. De ahí que, ante la ausencia de una regulación legal expresa en tal sentido, la solución que se acoge en la obra para someter a los administradores sociales a las interdicciones legales exige acudir a los artículos 15 bis y 47 del Código penal (pp. 274 a 285).

A continuación, el capítulo VI de la obra que nos ocupa se dedica al sistema de cese de las interdicciones legales. En el derecho español las interdicciones que afectan al quebrado y que se producen con la apertura de la quiebra no desaparecen con la clausura del procedimiento sino que para su extinción se exige una *declaración judicial de rehabilitación*. Dicha declaración habrá de producirse como consecuencia de un procedimiento promovido por el quebrado (o sus herederos) en el que éste deberá demostrar el íntegro cumplimiento del convenio celebrado con sus acreedores o la satisfacción de todas las obligaciones reconocidas en el procedimiento de quiebra. Ello supone, en opinión de la autora, que el quebrado puede ser rehabilitado siempre que haya pagado la totalidad de las deudas reconocidas en el procedimiento o que éstas se hayan extinguido de cualquier forma, incluso aunque se encuentre nuevamente en situación de insolvencia como consecuencia de las obligaciones contraídas después de la clausura de la quiebra. Ahora bien, para obtener la rehabilitación se exige además que la quiebra no haya sido calificada de fraudulenta, ya que el quebrado fraudulento quedará sujeto a las interdicciones de forma perpetua. De esta manera, el Código de comercio somete al quebrado a un trato más severo que el que se aplica a un sujeto condenado por un delito (pp. 289 a 291), al tiempo que carece de sentido que el quebrado pueda ser rehabilitado del delito de quiebra y no pueda serlo en el ámbito civil. En cualquier caso, la autora entiende que estos efectos se circunscriben al ámbito del empresario individual pues la persona jurídica no está sometida a las sanciones (civiles) previstas para los quebrados fraudulentos (arts. 929 C. de c. de 1885 y 1.306 LEC).

En relación con la eficacia del sistema legal de rehabilitación, la profesora Martínez Flórez pone de manifiesto que la rehabilitación no coloca al quebrado en la misma situación jurídica en que se encontraba en el momento de la declaración de quiebra, aunque con la declaración judicial de rehabilitación desaparecen las interdicciones legales y, al mismo tiempo, la desconfianza y el descrédito que están en la base de las mismas (pp. 310 a 314).

Por último, frente a la regla general que exige una declaración judicial de rehabilitación para la extinción de las interdicciones legales, se alude en

la obra a dos supuestos especiales: el del convenio concluido entre el deudor quebrado y sus acreedores por el que se le autoriza a continuar al frente del establecimiento (art. 13.2 C. de c. de 1885), y el supuesto de revocación de la declaración judicial de quiebra, que conduciría a la extinción de las interdicciones legales sin necesidad de que se dictase una declaración especial de rehabilitación.

III. El sistema español de interdicciones legales carece de coherencia interna. Por un lado, esas limitaciones surgen con la apertura del procedimiento de quiebra, configurando así un sistema de interdicciones objetivo en el que la declaración judicial de quiebra aparece como el único presupuesto necesario para que tales limitaciones se produzcan; por otro, para la extinción de esas interdicciones se exige una declaración judicial de rehabilitación y dicha declaración se produce como consecuencia de un procedimiento en el que se combinan, al mismo tiempo, elementos de carácter subjetivo —la necesidad de que la quiebra no haya sido calificada como fraudulenta— y objetivo —la satisfacción de los acreedores concursales—. Además, esta técnica de extinción de las interdicciones si bien contribuye a la tutela de los acreedores concursales, ya que la rehabilitación supone un estímulo para la satisfacción de los créditos y el cumplimiento del convenio por parte del deudor quebrado, también puede perjudicarles gravemente, pues en ningún caso se sentirá estimulado a la satisfacción de sus acreedores o al cumplimiento del convenio un quebrado fraudulento que no puede ser rehabilitado (p. 300). De ahí que la autora abogue por la conveniencia de suprimir la exclusión del quebrado fraudulento del beneficio de la rehabilitación.

En definitiva, frente al sistema de interdicciones vigente, la profesora Martínez Flórez estima que sería deseable un retorno a la tradición histórica del derecho concursal español, vinculando las interdicciones a la actuación culpable o fraudulenta del deudor y suprimiéndolas respecto de los quebrados fortuitos. Solución que a su juicio resultaría más acorde con la naturaleza jurídica de la institución y con los fines perseguidos por el ordenamiento a la hora de someter al quebrado a esas limitaciones. En esta línea de pensamiento su opinión se suma a la de la doctrina española más autorizada en favor de la asunción en derecho español del principio de separación del hombre y la empresa, patrocinado, entre otros, por el derecho francés actual.

A nuestro entender esta obra supone una destacada contribución de claridad y rigor al completo y confuso panorama del derecho concursal español. En ella la autora ha combinado con acierto las interesantes aportaciones del derecho comparado, el imprescindible análisis histórico y una aguda crítica del sistema español de interdicciones legales. Además, el tratamiento de determinadas cuestiones especialmente controvertidas en el ámbito de este ordenamiento —como la relativa a la concurrencia entre la liquidación societaria y la liquidación en el seno del procedimiento de quiebra o la discutida aplicación a los administradores sociales de las interdicciones pre-

vistas para los quebrados— convierten esta monografía en una obra útil tanto en el campo de la práctica del derecho como en el de la investigación universitaria.

MARÍA LUISA SÁNCHEZ PAREDES

POZO VILCHES, Juan: *El reconocimiento de hijo no matrimonial de mujer casada*, Madrid, 1993, Ed. Estudios Trivium Civil, 109 páginas.

Es destacable la obra que reseñamos por la recopilación y el estudio de numerosísimas resoluciones de la DGRN en las que se abordan los distintos supuestos que puede plantear el reconocimiento de hijo no matrimonial de mujer casada, así como por las aportaciones del autor a cuestiones debatidas por la doctrina. Como punto de partida se estudia la presunción de paternidad (dando soluciones personales a los distintos problemas sobre su existencia, destrucción e inexistencia), ya que, si el marido no es el padre, supone un grave obstáculo tanto para que el padre real reconozca su filiación como para que la madre haga constar la no matrimonialidad de su hijo, prevaleciendo en numerosos casos una ficción (la presunción de paternidad) sobre la verdad biológica. El padre real sólo puede impugnar la paternidad del marido al mismo tiempo que reclama su propia paternidad, y la madre sólo puede impugnarla en interés del hijo menor o incapacitado o como representante legal del mismo, pero no por sí misma, siendo la única persona que puede saber quién es el auténtico padre.

Estudiada la presunción de paternidad, recoge el autor diversas resoluciones de la DGRN posteriores a la Circular de 2 de junio de 1981, sobre la inscripción dentro del plazo de nacimiento de la filiación de hijo no matrimonial de mujer casada (resoluciones de 13 de junio de 1981, 4 de febrero 1988, 3 de abril de 1990), destacando la de 22 de mayo de 1991 porque plantea un problema bastante frecuente: acuerdo de ambos cónyuges sobre la no matrimonialidad del hijo, pero imposibilidad de acreditar una efectiva separación de hecho. La solución del Centro Directivo (ordenar la inscripción de la filiación matrimonial excitando al Ministerio Fiscal a efectos de que ejercite la oportuna acción de filiación), que trata de armonizar la verdad formal y la biológica, lleva a resultados absurdos, según el autor, por lo que se debería haber permitido a los cónyuges destruir extrajudicialmente la presunción de paternidad si ambos están de acuerdo en que el hijo no es matrimonial. Como eso el Código no lo recoge, debería permitirse acreditar la separación de hecho por las simples declaraciones coincidentes de los cónyuges, con lo que triunfarían la verdad biológica y el interés del hijo.

En el caso de inscripción fuera de plazo de hijo de mujer casada, Juan Pozo analiza en primer lugar lo que podemos llamar actitud pendular de la

DGRN en torno a la exigencia o no de la posesión de estado de hijo matrimonial para inscribir tal filiación matrimonial. La solución de la Dirección General en los años sesenta, setenta y principios de los ochenta (requería dicha posesión de estado además de la presunción de paternidad) era de dudosa legalidad, condescendiendo a la verdad sociológica y a la biológica. Exigir únicamente la presunción de paternidad, aunque legalmente correcto (no en base al art. 113 Cc, como hacen las últimas resoluciones de la DGRN, sino al art. 116 Cc), puede dar lugar a soluciones no coincidentes con la verdad biológica (resoluciones de 5 de marzo de 1986, 22 de mayo de 1991 y 26 de junio de 1992). Resalta el autor la resolución de 11 de octubre de 1991, pues otorga a la posesión de estado una de sus principales funciones (puede contribuir a desvirtuar la presunción de paternidad del marido), aunque teme que se profundice en esta línea y se vuelva a la interpretación iniciada en los años sesenta, que carecería hoy día, como entonces, de todo apoyo legal.

Si se trata de inscribir fuera de plazo la filiación no matrimonial, la doctrina de la DGRN es exigir que no esté vigente la presunción de paternidad del marido, independientemente de la posesión de estado en que se encuentre el hijo (resoluciones de 19 de febrero y 2 de septiembre de 1986, 11 de noviembre de 1987, 13 de abril de 1988 y 3 de febrero de 1990). Agrupa el autor las resoluciones de la DGRN en tres apartados. Las de 5 de marzo de 1986, 3 de abril de 1987, 14 de noviembre de 1989, 2 de agosto de 1991 y 26 de junio de 1992, contemplan supuestos en que los cónyuges estaban de acuerdo en que el marido no era el padre, pero se inscribió la filiación matrimonial por no probarse la destrucción o inexistencia de la presunción de paternidad. Analiza a continuación el autor otro grupo de resoluciones, en las que los cónyuges no estaban de acuerdo sobre la paternidad del marido, ordenándose inscribir la filiación matrimonial en las de 23 de junio de 1986, 25 de noviembre de 1987, 10 de mayo de 1988, 9 de junio, 19 de septiembre y 17 de octubre de 1988, 10 de marzo de 1989, 16 de marzo, 5 de junio, 30 de agosto y 19 de diciembre de 1990, y 27 de agosto de 1991 (a destacar de dichas resoluciones que no basta tener domicilios distintos para destruir la presunción de paternidad, que ésta queda corroborada por la presunción de convivencia conyugal, y que no es suficiente la sola negativa de la paternidad del marido). De este grupo sólo la resolución de 13 de abril de 1988 ordenó inscribir la filiación no matrimonial al no ser aplicable el art. 116, pues se probó la separación de hecho. Por último, se ha admitido el reconocimiento de hijo no matrimonial de mujer casada, al no estar vigente la presunción de paternidad del marido, en las resoluciones de 5 de agosto de 1981, 2 de septiembre de 1986 y 20 de diciembre de 1991 (alabando el autor la doctrina de esta última, pues la separación de hecho normalmente sólo se puede probar por las declaraciones de los cónyuges y de testigos, obligando a los interesados a acudir a la impugnación judicial de la falsa paternidad inscrita si se es muy estricto en la admisión de estas declaraciones), y en las de 19 de febrero de 1986, 11 de noviembre de 1987 y 26 de noviembre de 1991.

Por último, cuando ya consta en el Registro la filiación paterna de otro varón distinto del marido, el autor propugna la inscripción del reconocimiento materno aunque esté vigente la presunción de paternidad del marido y a pesar de lo que dijo la Circular de 1981, en atención al principio de la verdad biológica; y respecto a la paternidad, la solución más apropiada parece ser la de conservar la paternidad inscrita en el Registro, a la vista de las resoluciones de 7 de enero y 26 de mayo de 1987. Juan Pozo extrae dos importantes conclusiones (descartando la aparente contradicción entre la resolución de 5 de marzo de 1986, que daba primacía a la presunción de paternidad sobre el reconocimiento, y la de 7 de enero de 1987, que daba primacía al Registro): se debe dar primacía absoluta a la inscripción en el Registro Civil, y, en defecto de inscripción, vigente la presunción de paternidad del marido, la madre casada no puede reconocer a su hijo como no matrimonial, sino que en el Registro debe figurar la paternidad del marido.

De las observaciones finales del autor, cabe destacar que, si la presunción de paternidad no se destruye, el hijo de madre casada será inscrito como hijo matrimonial, ya tenga o no la posesión de estado de tal filiación, ya se inscriba dentro o fuera de plazo. Solución correcta si no hay acuerdo de los cónyuges sobre la filiación del nacido, pues si lo hay debería admitirse la inscripción de la filiación como no matrimonial, a pesar de los graves obstáculos legales. Juan Pozo apunta, teniendo en cuenta la práctica registral, que para inscribir la filiación no matrimonial, cuando los cónyuges *están de acuerdo y el verdadero padre está dispuesto a reconocer a su hijo*, lo mejor es que el padre reconozca primero, y una vez que conste en el Registro como hijo no matrimonial, que la madre le reconozca (solución similar a la mantenida por algunos autores italianos). Superado el obstáculo de que la Circular no permite en estos casos la inscripción del reconocimiento materno, «se habrá conseguido un cómodo camino para que una filiación pacífica en la realidad social se convierta “pacíficamente” en una filiación oficial».

M.^a SUSANA QUICIOS MOLINA
Becaria de la Universidad Autónoma de Madrid

POZO VILCHES, Juan: *El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios*, Madrid, 1993, Ed. Estudios Trivium Civil, 183 pp.

El hilo conductor de toda la obra es el estudio de cómo intervienen los criterios de la verdad biológica, el interés del reconocido y la autonomía de la voluntad en la determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial por reconocimiento (sin olvidar los muchos problemas puntuales que en materia de reconocimiento siempre se plantean y a los que el autor

trata de dar solución). Se estructura teniendo en cuenta al sujeto reconocido: mayor de edad, menor de edad y ya fallecido. Como introducción, cabe destacar que el reconocimiento depende exclusivamente de la voluntad de su autor, y aunque podría pensarse que la verdad biológica se garantiza con los requisitos de los arts. 123, 124 y 126, la cuestión no es tan sencilla, pues el principio de la verdad biológica converge en nuestro Derecho con otros como la voluntad del reconocido, el presunto interés del mismo, la voluntad o el presunto interés de los sujetos afectados por el reconocimiento, la verdad sociológica o la estabilidad del estado civil y familiar.

Reconocimiento del mayor de edad. Después de estudiar qué criterios de los tres mencionados prevalecen en las legislaciones de Italia, Portugal, Alemania, Francia y Suiza, Juan Pozo señala que el consentimiento del hijo mayor de edad, que exige el art. 123 Cc, no garantiza la verdad biológica. Lo que se aprecia es un exceso de voluntarismo, pues, mientras que el reconocimiento depende exclusivamente de la voluntad de su autor, la eficacia del mismo depende exclusivamente de la voluntad del hijo mayor de edad. En el ámbito extrajudicial, el Código ha relegado el principio de la verdad biológica por el interés del hijo, también digno de protección pero alcanzable sin perjudicar a la verdad biológica. El equilibrio se habría conseguido si se hubiera permitido al padre acudir siempre a la vía judicial en reclamación de su paternidad cuando el hijo no consintiese el reconocimiento (lo que ha previsto la Ley catalana, también para los reconocimientos de menores o incapaces). Si no hay posesión de estado, la verdad jurídica y la verdad biológica no coincidirán por la voluntad del hijo, que prevalecerá sobre la verdad biológica; algo que ha tratado de paliar el Tribunal Supremo en los últimos años permitiendo ejercitar las acciones de reclamación y mixta con independencia de la existencia o no de posesión de estado.

Reconocimiento del menor de edad o incapaz. El representante legal no está obligado a prestar su consentimiento ni cuando el reconocimiento sea coincidente con la verdad biológica, ni cuando sea conveniente a los intereses del menor o incapaz, ni cuando coincidan ambas circunstancias; lo que es criticable desde el punto de vista de la verdad biológica. En conclusión, para nuestro Derecho, «sólo se es el padre, en vía extrajudicial, si así lo deciden otros sujetos».

Estudia el autor el problemático tema de los reconocimientos bilaterales existiendo posesión de estado. La solución que da la DGRN (basta el consentimiento que preste cada uno de los progenitores al reconocimiento efectuado por el otro) se basa, a la vista de las resoluciones de 8 de marzo de 1982, 21 de julio y 22 de julio de 1988, 3 de noviembre de 1989, 3 de febrero de 1990 y 28 de octubre de 1991, en la existencia de posesión de estado con respecto a ambos progenitores, otorgándole un peligroso valor por las posibles interpretaciones que cabe deducir.

Después de repasar la función del Ministerio Fiscal en relación al consentimiento del reconocimiento (resoluciones de la DGRN de 2 de marzo

de 1982, 11 de noviembre de 1987, 13 de abril y 19 de mayo de 1988, 3 de noviembre de 1989, 3 de febrero y 18 de abril de 1990), el *áuttor* llega a las siguientes conclusiones. Si se trata de un reconocimiento bilateral y simultáneo de ambos progenitores, conforme con la posesión de estado, basta el consentimiento que cada uno de ellos preste al reconocimiento del otro, aunque el Ministerio Fiscal se haya opuesto. El reconocimiento bilateral y simultáneo de ambos progenitores, sin que exista posesión de estado, debe consentirlo el representante legal (o el Ministerio Fiscal, en su caso). El reconocimiento unilateral, exista o no posesión de estado, debe consentirlo el representante legal, y si no existe o no puede prestarlo, basta que consienta el Ministerio Fiscal (su decisión estará determinada por el posible interés del hijo, aunque no debería consentirlo si duda sobre la veracidad del reconocimiento).

El consentimiento del representante legal y la aprobación judicial no son alternativas excluyentes, sino que existe una preferencia entre ambas opciones. La intervención judicial sólo debe ser subsidiaria (en igual sentido, las resoluciones de la DGRN de 19 de mayo de 1988 y 3 de febrero de 1990), antes debe acudir al representante legal, que estará más cerca de la verdad biológica (al ser normalmente el otro progenitor) y de los intereses del hijo (por su relación directa con el menor o incapaz). En cuanto a los criterios posibles a tener en cuenta por el Juez, se puede conjugar debidamente la verdad biológica, como fundamento del sistema, con el interés del hijo, fundamento de la intervención judicial. El Juez debería, en primer lugar, considerar si el reconocimiento puede responder o no a la verdad biológica (la concurrencia de los hechos que se mencionan en el art. 135 Cc pueden permitirle deducir que la paternidad ha sido, al menos, posible); una vez convencido de que el reconocimiento puede responder a la verdad biológica, deberá considerar si también es conveniente para el reconocido, valorando sus intereses morales, psicológicos y sociológicos, más que los patrimoniales, teniendo en cuenta que todo reconocimiento verdadero responde, en principio, al interés del hijo.

El único reconocimiento paterno de menor de edad o incapaz que no va a necesitar de ningún requisito complementario para tener eficacia, sin peligro de que puedan ser suspendidos sus efectos, va a ser el reconocimiento testamentario. Realiza un estudio en profundidad de la doctrina de la DGRN acerca de dicho reconocimiento y de los requisitos para su eficacia tras la reforma del Código de 1981, que lleva a la reforma del Reglamento del Registro civil de 1986. Las conclusiones que extrae Juan Pozo del nuevo art. 188 RRC son tres: no será necesario el consentimiento del representante legal ni la aprobación judicial cuando el reconocimiento se haya hecho en testamento y se acredite la defunción de su autor; si se pretende que el reconocimiento testamentario tenga eficacia antes del fallecimiento de su autor, serán necesarios esos requisitos complementarios, como si se tratase de un reconocimiento realizado en escritura pública; y, por último, al reconocimiento testamentario, ya se pretenda su eficacia antes o después del

fallecimiento de su autor, no le afecta el derecho de suspensión de la inscripción de paternidad concedido a la madre. El trato privilegiado concedido a este reconocimiento no se debe a que coincidirá en la mayoría de los casos con la verdad biológica. En los reconocimientos testamentarios de menores o incapaces, eficaces a la muerte del reconocedor, la voluntad del testador adquiere una importancia fundamental, mientras que la verdad biológica queda relegada a un segundo plano, y el interés del hijo se presume que queda protegido al no causarle el reconocimiento perjuicios. En cambio, en el reconocimiento testamentario de un hijo mayor de edad, la voluntad del reconocido es lo más importante. Las voluntades del autor del reconocimiento y del reconocido sostienen los pilares del sistema, voluntades que no son una garantía absoluta de la verdad biológica. Concluye que las soluciones coherentes que debería haber adoptado el legislador son: o haber suprimido el trato privilegiado concedido al reconocimiento testamentario, o haber concedido un trato privilegiado al reconocimiento testamentario en general, una vez acreditado el fallecimiento de su autor, y no sólo en el caso de que se refiera a un menor de edad o incapaz.

El legislador favorece y fomenta los reconocimientos efectuados dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento, coincidentes con el interés del hijo y la verdad biológica. El derecho de suspensión de la madre aparentemente tiene un doble fundamento: la verdad biológica y el interés del hijo. Sin embargo, ninguno se protege, suponiendo un trato discriminatorio con respecto al padre y a la filiación matrimonial, y careciendo de fundamento. En cuanto a la confirmación de la inscripción, el Juez debe acordarla si el reconocimiento parece coincidente con la verdad biológica y responde a los intereses del hijo.

Reconocimiento del ya fallecido. El fundamento se encuentra exclusivamente en el interés de los descendientes del hijo —ni en la verdad biológica ni en el interés del hijo reconocido— volviendo a cuestionarse si los representantes legales de los descendientes menores o incapaces están facultados para decidir cuándo el reconocimiento es conveniente o no. La crítica que cabe hacer al sistema del Código, en atención al principio de la verdad biológica, es que se debería haber permitido que el reconocimiento del hijo premuerto determinase la filiación, haya dejado o no descendientes, pero sin que su autor pueda beneficiarse de tal determinación. Con esta solución se protegerían la presunta verdad biológica y el presunto interés de los descendientes, a la vez que se solucionaría el problema de si deben atribuirse o no derechos al reconocedor sobre la herencia del hijo fallecido (algo que no soluciona el Código). El reconocimiento deben consentirlo todos los descendientes, entre otras razones, porque, de aceptarse los consentimientos individuales, se rompería la unidad familiar y supondría una negación biológica (el reconocedor sería padre del hijo premuerto a efectos de los descendientes que han consentido el reconocimiento y no a efectos de los que no lo han consentido).

En conclusión, la crítica que, desde el punto de vista de la verdad biológica, realiza Juan Pozo es que los requisitos complementarios suponen, en la mayoría de los casos, una perturbación para constatar la realidad de la generación, y, aunque han sido establecidos en atención al interés de los sujetos más afectados por la determinación de la filiación, sólo en el caso de que el hijo sea mayor de edad se cumple dicha finalidad. La verdad biológica tiene un papel muy limitado en dicha determinación, siendo sustituida por la voluntad de los interesados en el ámbito extrajudicial y por la verdad sociológica en el judicial.

M.^a SUSANA QUICIOS MOLINA
Becaria de la Universidad Autónoma de Madrid

SALVADOR CODERCH, Pablo: *El derecho de la libertad*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, 161 pp.

Dos objetivos animan el último trabajo de Pablo Salvador, uno señalado al principio del texto y otro en las páginas centrales. El primero consiste en demostrar que las dos premisas mantenidas hasta el momento por la doctrina dominante en materia de libertad de expresión ya no son sostenibles: a) La diferenciación entre dichos y hechos mediante la tutela privilegiada de la expresión propiamente dicha. b) El discurso protegido con mayor frecuencia es el del disidente político. Al estudio de ambas premisas dedica los capítulos que llevan por título «El discurso del disidente: dichos y hechos» y «Disidentes y periodistas». El segundo objetivo perseguido por el autor radica en el análisis minucioso de todas las resoluciones del Tribunal Constitucional del trienio 1990-93 sobre libertad de expresión.

El capítulo primero, como se ha indicado, examina las sentencias norteamericanas y españolas referidas a un conjunto de comportamientos materiales distintos al discurso *strictu sensu* (quema de banderas, quema de cruces, lenguaje del odio); con el fin de concluir que en la actualidad la tutela recae ante todo sobre el contenido expresivo, siendo indiferente que se trate de dichos o hechos. Respecto a la quema de banderas, nuestro Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo a los disidentes con gran cautela, sin abordar directamente el verdadero problema planteado por esta protesta política. Sin duda actúa condicionado por una jurisprudencia penal reciente que ha optado por sancionar con penas privativas de libertad la quema de banderas. Alaba el autor la prudencia del Constitucional en la resolución de este tipo de conflictos, en los cuales no es recomendable bajo ningún concepto la extracción de una regla general aplicable al conjunto de supuestos reconducibles a la categoría de discursos simbólicos. Así, diverso a la quema de banderas es la quema de cruces u otros símbolos; ya

que estos últimos sobrepasan la simple expresión de una protesta, constituyendo manifestaciones de odio o amenazas.

Aborda también en este apartado la espinosa cuestión del lenguaje del odio. Bajo este término quedan encuadrados una serie de comportamientos expresivos que consisten en apologías abstractas del desprecio hacia grupos de personas dotados de determinadas cualidades. Señala, como punto de partida, la distinción entre la defensa del grupo discriminado ante insultos hechos con la intención de aislar al colectivo, y la propaganda ideológica que facilita el debate de las ideas y evita la superprotección de tales colectivos, que podría conducir a la reafirmación de su posición de inferioridad. El único caso español de lenguaje del odio y difamación de grupos es la STC 214/1991, de 11 de noviembre. Tal sentencia merece un juicio positivo a Pablo Salvador, en la medida en que otorga tutela constitucional a los grupos, aunque ello implique el desmantelamiento de su doctrina anterior (mediante el reconocimiento de la titularidad del derecho al honor del 18.1 de la Constitución a los colectivos sin personalidad jurídica).

El segundo capítulo se centra en el estudio de la posición del discurso tanto del disidente político como de otros agentes sociales. Es claro que el núcleo central de los conflictos planteados en los últimos tres años ante el Tribunal Constitucional se refieren a la libertad de prensa, siendo una minoría los de disidentes políticos u ocasionales. Subdivide el capítulo en varios apartados, sin demasiada conexión entre sí. En primer lugar, pone de relieve el autor cómo el Tribunal Constitucional limita la llamada *zafiedad* informativa, esto es, los insultos y ultrajes disfrazados de crítica. En segundo lugar, numerosas páginas están dedicadas a la injusticia del sistema actual de libertad de expresión derivada del alcance dado al requisito de veracidad de la información. Entiende el Constitucional cumplido tal requisito cuándo la información ha sido contrastada de forma diligente por el periodista, de manera que las personas difamadas asumen los costes de informaciones equivocadas por error excusable. Dos propuestas en este sentido:

1. Schauer ofrece tres posibles sistemas de solución: disociación de la responsabilidad de las empresas de medios de comunicación y de la responsabilidad de los redactores; contrato de seguro de responsabilidad civil por difamación y seguro subvencionado por el Gobierno.

2. El propio autor indica, como medida más económica, la diferenciación entre una acción declarativa de la falsedad de la información (para toda publicación de interés general no verdadera) y una acción indemnizatoria por los daños producidos por una información falsa (cuando la información, además de falsa, se ha divulgado con menosprecio culpable o doloso de la verdad).

Otros temas examinados también son la carga de la prueba de la verdad y el conflicto derechos del artículo 20 de la Constitución —intimidad personal y familiar—. Dos aportaciones ha hecho la jurisprudencia constitu-

cional de los años noventa, una concerniente a la interpretación del artículo 2.1 LO 1/1982 sobre primacía de la vía penal sobre la civil, y otra relativa al honor del 18.1 CE y al prestigio profesional. En cuanto a la doble vía penal y civil del art. 2.1, la STC 241/1991, de 16 de diciembre, ha zanjado una larga polémica al permitir el acceso a la vía civil de los cargos públicos, por delitos atentatorios de su honor. Asimismo ha establecido una doctrina favorable a la inclusión de la lesión del prestigio profesional en el ámbito de la tutela del derecho al honor del 18.1 CE. Ahora bien, el propio autor considera que la admisión de tal tesis monista (ya defendida por él en anteriores obras) no cierra la cuestión del ámbito del derecho fundamental al honor, puesto que no toda crítica al prestigio profesional implica siempre una deshonestidad personal. Finaliza el capítulo el llamado periodismo de investigación y de denuncia de actividades ilícitas, que versa sobre actuaciones judiciales y policiales. La Sala Primera del Tribunal Supremo se ha enfrentado ya a numerosos casos de este tipo de periodismo, objetos de recurso de amparo posterior.

El juego de la libertad de expresión e información en el ámbito parlamentario se trata en un breve tercer capítulo.

Dos objetivos fundamentales persigue el cuarto capítulo: 1. Poner de relieve que la distinción básica no se aprecia hoy en día entre actividades informativas o expresivas y aquellas que no lo son; sino que tal distinción posee naturaleza interna y radica en el propio ámbito de las actividades informativas y expresivas. Así, el tribunal Constitucional diferencia, por una parte, el discurso oral y prensa escrita y, por otra, los medios electrónicos de comunicación. 2. Necesidad de debatir las razones de fondo justificativas del vigente modelo dual en la normativa de las comunicaciones: *intervencionista en radiodifusión y abstencionista en prensa*. Este modelo dual se origina en la STC 12/1982, en la que el tribunal establece tres tipos de limitaciones a la libertad de creación de medios de comunicación en radiotelevisión (escasez tecnológica, utilización de un bien de dominio público y respeto a los acuerdos internacionales de radiocomunicaciones). La Jurisprudencia constitucional ha continuado en los años noventa en la misma línea de la década anterior con el mantenimiento del sistema dual, aunque los argumentos de la escasez y la teoría del servicio público han ido cayendo poco a poco. Pero en ninguna de sus resoluciones ha entrado a explicar las razones de fondo de la diversidad de tratamiento jurídico entre los medios de comunicación. Pablo Salvador estima que el reto actual de la doctrina radica en la búsqueda de tal justificación. Sobre el interrogante de la necesidad de una regulación sustantiva de los medios de comunicación por el Estado, analiza la postura paternalista de Collins y Skover, autores que llevan a cabo un brillante juicio de la cultura norteamericana de la comunicación comercial; entendiendo que el triunfo de las imágenes en la televisión ha eliminado el discurso político y la reflexión ciudadana.

Esta nueva obra se mantiene en la tendencia de las anteriores, caracterizadas todas ellas no sólo por el interés de las cuestiones planteadas, de

relevante actualidad; sino también por la extensa bibliografía manejada por el autor y el rigor científico con el que aborda el difícil conflicto derechos de la personalidad-libertades de expresión e información. Destaca, en especial, su análisis exhaustivo y crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional en esta materia. La única objeción que quizá pueda realizarse al presente trabajo radica en el examen de algunos temas que no están directamente relacionados con el objeto central del mismo. Salvador Coderch, consciente de tal objeción, alega que uno de los propósitos primarios del libro es dar cuenta del estado de la Jurisprudencia Constitucional española desde principios de 1990 hasta mediados de 1993.

ALMA M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN

Revistas extranjeras

A cargo de: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ
Rosario DÍAZ ROMERO
Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ
M.^a Paz GARCÍA RUBIO
Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA
Eugenia RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
Alma M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN
Isabel SIERRA PÉREZ

SUMARIO: I. Derecho civil. 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varias. II. Derecho mercantil. 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal. Abreviaturas.

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

1. AA.VV.: «D'autres propos sur la jurisprudence», RTDC, 1993, núm. 1 (enero-marzo), pp. 87-96.

Anotaciones de diversos autores sobre el papel de la jurisprudencia en el Derecho. (Aranda/Sierra).

2. ANTONIOLLI DEFLORIAN, L.: «Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese», RDC, 1993, núm. 1, parte prima, pp. 133-204.

Uno de los temas más debatidos, dentro del reciente interés suscitado en Italia por los ordenamientos del Common Law, es el papel de la Jurisprudencia en el sistema de fuentes. Comparación entre el sistema del Common Law y el Civil Law en relación a esta temática y análisis minucioso de la regla del precedente, excepción a la misma y su evolución histórica. (A.R.G.).

3. BAER, I.: «Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes», NJW, 1993, pp. 2209-2211.

El artículo analiza el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño y sus puntos más problemáticos en relación con el Derecho alemán. (M.P.G.R.).

4. BEHAR/TOUCHAIS, M.: «Application de la loi française conformément à l'article 310, 3^e tiret du Code civil au divorce d'un époux français et sénégalais et d'une épouse sénégalaise», SJ, 1993, núm. 18, II, 22036, pp. 159-161.

Comentario a la sentencia de Casación civil, sección 1.^a, de 13 de octubre de 1992, sobre conflicto de leyes. (Aranda/Sierra).

5. COSMOVICI, P. M.: «La concurrence en droit national et en droit communautaire», RIDC, 1993, núm. 2, pp. 394-409.

Estudio desde la perspectiva del Derecho rumano. El paso de esta nación a la economía de mercado. (Aranda/Sierra).

6. COSTA, Giorgio: «I principi del diritto in epoca fascista», Archiiv. Giur., 1993, 1, p. 49.

Se ocupa del proceso de incorporación de los principios generales del Derecho de ideología fascista al Código civil italiano de 1942. (Díez-Picazo/Rodríguez).

7. CHIARLONI, Sergio: «La dottrina, fonte del diritto?», RTDPC, 1993, 2, p. 439.

El ensayo de este autor, realizado en homenaje a Rodolfo Sacco, pone en tela de juicio la función tradicional de la doctrina como fuente del Derecho y advierte de los peligros de esta concepción. (Díez-Picazo/Rodríguez).

8. DIEDERICHSEN, U.: «Fritz Baur -Zivilrechtsdogmatik und Menschlichkeit», en ACP, 1993, pp. 391-422.

Un recorrido por la personalidad y fecunda obra de F. Baur, con ocasión del recuerdo que se le dedicó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tübingen, en junio de 1993. El autor rinde homenaje al jurista que supo combinar el rigor técnico y metodológico con los principios del humanismo como Juez y como Maestro. (I.G.P.).

9. FERRARI, Mariangela: «Un nuovo strumento di opponibilità ai terzi per la cessione dei crediti d'impresa: Il pagamento avente data certa», CI, 1993, 1, p. 135.

Se ocupa de los nuevos requisitos exigidos por la Ley 52/1991 para la oponibilidad a terceros de la cesión de los créditos de empresa, que se añaden a los ya previstos en el Código civil. (Diez-Picazo/Rodríguez).

10. GABRIELLI, Giovanni: «Norme imperative ed integrazione del contratto», CI, 1993, 2, p. 499.

Desarrolla las dos funciones, imperativa e integradora, que tienen las normas que regulan las relaciones contractuales. (Diez-Picazo/Rodríguez).

11. GANDOLFI, G.: «L'attualità del quarto libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea», RDC, 1993, núm. 4.º, parte primera, pp. 415-425.

Vitalidad y actualidad del Código Civil. Ubicación sistemática del Código: ausencia de una parte general. Fusión en el Código del Derecho civil y comercial. (A.R.G.).

12. GÖTZ, W.: «Das Maastricht-Urteil des BVerfG», JZ, 1993, pp. 1081-1086.

Comentario a la sentencia del BVerfG de 12-10-1993 que decidió la constitucionalidad del Tratado de Maastricht. Dicha sentencia se recoge en JZ, 1993, pp. 1100-1112. (M.P.G.R.).

13. GOUTTES, R.: «La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national: Vers une consolidation de la mission et du statut du juge?», GP, 1993, núms. 1 a 5, pp. 2-7.

Influencia de la normativa de la Convención europea en la función del juez nacional. Dicha normativa es la base de referencia para el juez nacional en materia de libertades y derechos fundamentales. (Aranda/Sierra).

14. GRUA, F.: «Les divisions du droit», RTDC, 1993, núm. 1 (enero-marzo), pp. 59-71.

Estudio de las relaciones entre los distintos sectores jurídicos y el derecho en su totalidad. Relaciones de conflicto y autonomía. (Aranda/Sierra).

15. HÄDE, U.: «Das Bundesverfassungsgericht und der Vertrag von Maastricht», BB, 1993, pp. 2457-2463.

Comentario a la sentencia de 12-10-1993 del BVerf.G que decidió la constitucionalidad del Tratado de Maastricht. El autor destaca que esta decisión define el papel del Tribunal Constitucional alemán en el proceso de integración europea y pone importantes límites para la prosecución de dicha integración. (M.P.G.R.).

16. HOHN, H.: «Grundrechte und Grundrechtsunfähigkeit», BB, 1993, pp. 2385-2387.

El autor de este artículo está acreditado, desde la aparición de su libro «Die Freiheit des Gewissens, Gewissensfragen in Gesellschaft, Politik und Recht» en 1989, como un decisivo moralista jurídico. El artículo es una defensa definitiva de la vuelta del ordenamiento jurídico a los valores absolutos. (M.P.G.R.).

17. IRTI, N.: «Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili», RDC, 1993, núm. 3.º, parte primera, pp. 304-309.

Discurso desarrollado en la Convención celebrada en conmemoración del cincuenta aniversario del Código Civil, promovido por la Academia Nacional dei Lincei los días 15 y 16 de diciembre de 1992. Contribución a la historia de la codificación. (A.R.G.).

18. JESTAZ, Ph.: «Source délicateuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit)», RTDC, 1993, núm. 1 (enero-marzo), pp. 73-85.

Análisis sociológico de los creadores del Derecho. Teoría de las fuentes, su clasificación, etc. (Aranda/Sierra).

19. KIRCHNER, Ch./HAAS, J.: «Rechtliche Grenzen für Kompetenzübertragungen auf die Europäische Gemeinschaft», JZ, 1993, pp. 760-771.

Fronteras jurídicas para la cesión de competencias a la Comunidad europea. (M.P.G.R.).

20. LUPOI, Maurizio: «*Common Law e civil Law (Alle radici del diritto europeo)*», FI, 1993, 9, p. V-431.

Intenta demostrar la influencia del Derecho romano tanto en el *Common Law* como en el *Civil Law*. (Díez-Picazo/Rodríguez).

21. MARTIN, R.: «*Désinflation législative?*», RTDC, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), pp. 551-555.

La influencia del desarrollo social y de los eventos socio-políticos en la creación normativa. (Aranda/Sierra).

22. MÖSCHEL, M.: «*Zum Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht*», NJW, pp. 3025-3028.

El principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht. (M.P.G.R.).

23. OPPO, G.: «*Codice Civile e diritto commerciale*», RDC, 1993, núm. 2.º, parte primera, pp. 221-237.

Impacto del Código Civil de 1914 sobre el derecho comercial como conjunto de contenidos normativos y sistema jurídico. Elecciones de fondo del Código Civil de 1942 en materia de comercio y problemas consiguientes. Unificación del derecho de obligaciones, sus consecuencias. Nuevas fuentes de formación autónoma de la normativa comercial. Innovaciones legislativas posteriores al Código y su incidencia en el derecho de empresa, de sociedades y valores mobiliarios. (A.R.G.).

24. PADOA-SCHIOPPA, A.: «*Dal Code Napoleón al Codice Civile del 1942*», RDC, 1993, núm. 5.º, parte primera, pp. 531-553.

El trabajo tiene dos objetivos: por un lado, situar al Código dentro de una evolución de varios siglos, exactamente dentro de las grandes codificaciones privadas de los siglos XVIII y XIX italianos y europeos y, de otro, dar algunos elementos de información y de juicio sobre la génesis del código y el significado de ciertas elecciones realizadas por el legislador de 1942. (A.R.G.).

25. PALADIN, L.: «*Costituzione, preleggi e codice civile*», RDC, 1993, núm. 1.º, parte prima, pp. 19-39.

El presente artículo coincide con la conferencia desarrollada por el autor en la celebración del cincuenta aniversario del Código Civil en la Accademia dei Lincei los días 15-16 de diciembre de 1992. Relaciones existentes entre el Código Civil y la Constitución Republicana, en especial, la inci-

dencia de la Constitución en las disposiciones preliminares del Código. (A.R.G.).

26. DI PAOLA, Sergio: «Concorrenza sleale per l'utilizzo di notizie "segrete": quale avvenire per l'ex-dipendente? (Nota a Cass. 20 marzo 1991, n. 3011)», *FI*, 1993, 11, p. 1-3154.

Profundiza sobre la utilización de los datos obtenidos por un auxiliar-dependiente cuando inicia una actividad en competencia con su anterior empresario. (Díez-Picazo/Rodríguez).

27. PIRAINO, S.: «La crisi del diritto tra forma e sostanza», *DFP*, 1993, núm. 4 (octubre-diciembre), parte segunda, pp. 1209-1219.

Perturbación en la vida del derecho motivada por la crisis del formalismo jurídico y de los mecanismos institucionales. (A.R.G.).

28. SACCO, R.: «I codici civili dell'ultimo cinquantennio», *RDC*, 1993, núm. 3.º, parte primera, pp. 311-316.

Examen de los cuarenta modelos de códigos civiles surgidos tras la entrada en vigor del italiano de 1942. Caracteres innovadores de tales códigos a la luz de la llamada «actual edad de la descodificación». (A.R.G.).

29. SANTARELLI, U.: «Storia giuridica per futuri giuristi», *RDC*, 1993, núm. 2.º, parte primera, pp. 213-220.

Exposición de los precedentes y principales líneas directrices del Código Civil italiano de 1942. (A.R.G.).

30. DE SANTIS, Francesco: «Valutazione delle prove, "controllo" del sapere giudiziale e motivazione "implicita" (Osservaz. a Cass. 18 ottobre 1991, n. 11041)», *FI*, 1993, 7-8, p. 1-2340.

Los libros y asientos contables no impiden al juez anteponer su valoración crítica y desatenderlos eventualmente con otros medios de prueba. (Díez-Picazo/Rodríguez).

31. SHACHTSCHNEIDER, K./EMMERICH-FRITSCHKE, A./BEYER, Th.: «Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz», *JZ*, 1993, pp. 751-760.

Análisis doctrinal de las relaciones entre los principios que inspiran el Tratado de la Unión europea y los de la Ley fundamental de Bonn. (M.P.G.R.).

32. SCHLESINGER, P.: «Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti», RDC, 1993, núm. 4.º, parte primera, pp. 403-413.

Relación entre el Código Civil italiano, que representa el núcleo del sistema civil, y las leyes complementarias o especiales civiles. (A.R.G.).

33. SINA, P.: «Goethe als Jurist», NJW, 1993, pp. 1430-1446.

El autor pone de manifiesto el importante papel que desempeñó en la vida de Goethe su trabajo como jurista. (M.P.G.R.).

34. SORDI, Paolo: «L'onere della prova dei requisiti dimensionali dell'impresa dopo la legge n. 108 del 1990-nota a Pret. Campobasso 25 gennaio 1993», GC, 1993, 9, p. I-2271. (Diez-Picazo/Rodríguez).

35. DELL'UTRI, M.: «Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive», RDC, 1993, núm. 3.º, parte segunda, pp. 303-331.

Debate sobre la admisión de la figura del interés legítimo en el derecho privado. Doctrina del derecho subjetivo; superación de la propiedad y el crédito como modelos formales exclusivos de derechos subjetivos. El principio de la buena fe en cuanto técnica de tutela ordenada a la realización del interés del sujeto. Evolución de la figura del interés legítimo, evolución del sistema de relaciones de autoridad. (A.R.G.).

36. VALLE, Laura: «Il dibattito sul negozio giuridico in Italia», CI, 1993, 2, p. 566.

Se pone en tela de juicio la necesidad real de la figura de negocio jurídico en los ordenamientos actuales. (Diez-Picazo/Rodríguez).

37. VIEWEG, K.: «Zur Einführung: Technik und Recht», JUS, 1993, pp. 894-898.

El autor analiza las complejas y cambiantes relaciones entre el Derecho y la Técnica, resalta la importancia práctica del Derecho técnico y reflexiona sobre una nueva especialidad: los juristas-ingenieros. (M.P.G.R.).

38. WAGNER, G.: «Rudolph von Iherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen», en ACP, 1993, pp. 319-347.

Con ocasión del primer centenario de la muerte de R. v. Ihering, el autor analiza su concepción del derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido, frente a las teorías voluntaristas de Savigny y Windscheid,

así como la construcción que realizó en 1871 sobre los efectos reflejos de actos jurídicos sobre terceros, considerados por Ihering como «parásitos del Derecho», en cuanto su interés no es jurídico sino meramente fáctico. Las ideas de Ihering se contrastan con las principales aportaciones posteriores en la materia, para de forma crítica enjuiciar las diferencias y profundizar en la propia noción de derecho subjetivo. (I.G.P.).

2. DERECHO DE LA PERSONA

39. BALLARINO, T.; NASCIMBENE, B.; BAREL, B. Y OTROS: «Nuove norme sulla cittadinanza (l. 5 febbraio 1992, núm. 91)», NLCC, 1993, núm. 1, pp. 1-145.

Comentario a la Ley de 5 de febrero de 1992, núm. 91, en relación con la Ley de 1912 y la reforma parcial de 1983, en el que se analizan las características de la nueva ley en materia de adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad, con referencias a la normativa internacional bilateral y multilateral, sobre la institución de una nacionalidad europea (entre ellos, Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 y Convención de Strasburgo). (R.D.R.).

40. BONAMORE, D.: «Il diritto di non “lavorare”», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte segunda, pp. 775-785.

Examen del artículo 4 de la Constitución italiana. Ratio del mismo y análisis del concepto «deber». Problemática de los vagabundos y ociosos. (A.R.G.).

41. BONAMORE, Daniele.: «Il bambino centro di tutela biologica e giuridica dell'ordinamento (art. 2 cost) in relazione all'eguale munus gravante sui procreanti e, in difetto, sulla collettività-nota a C. cost. 21 aprile 1993, n. 179», GC, 1993, 10, p. I-2317. (Díez-Picazo/Rodríguez).

42. CASCIANO, G. F.: «Rapporti tra giudice per i minorenni e Servizi sociali», DFP, 1993, núm. 4 (octubre-diciembre), parte segunda, pp. 1316-1334.

El examen de las relaciones entre el juez de menores y los Servicios Sociales obliga a definir el papel del juez de menores en el ámbito de la actividad civil y penal. (A.R.G.).

43. CEI, L.: «La tutela della salute ed il padre del concepito», DFP, 1993, núm. 4 (octubre-diciembre), parte primera, pp. 1081-1102.

Exclusión del marido de cualquier derecho de resarcimiento por los daños ocasionados en una intervención quirúrgica abortiva. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelación de Bolonia de 19 de diciembre de 1991. (A.R.G.).

44. CEPOLLINA, L.: «Sulla risarcibilità del danno da uccisione», LGCC, 1993, núm. 4 (julio-agosto), parte primera, pp. 575-582.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Génova de 5-6-1992 en relación a la indemnización del daño moral. (A.R.G.).

45. COMANDE, G.: «Le non pecuniary losses in common law», RDC, 1993, núm. 4.º, parte primera, pp. 454-529.

Consideraciones generales sobre los daños no pecuniarios, categoría perteneciente al Common Law. Análisis de las distintas figuras encuadrables en esta categoría general: pain and suffering, unconsciousness, loss of amenities of life, loss of enjoyment of life, loss of expectation of life, emotional distress torts, negligent infliction of emotional distress. (A.R.G.).

46. COSTANTINO, Giorgio: «Il giubileo del medico dei pazzi: l'incapace naturale nel processo civile (Nota a Corte cost. 19 novembre 1992, n. 468)», FI, 1993, 4, p. I-1044.

Trata el problema jurídico que plantea la capacidad de actuar en juicio por sí solo del incapaz al que todavía no se le ha nombrado representante. (Diez-Picazo/Rodríguez).

47. CRUGNOLA, P.: «Utilizzazione pubblicitaria dell'immagine di sosia di persona nota», Dir. Aut. 1993, núm. 3, pp. 426-440.

Resolución de los problemas que comporta el uso de la imagen del doble de una persona famosa para fines comerciales: Posición doctrinal y jurisprudencial sobre la licitud o ilicitud de tal utilización, implicaciones en el ámbito de la competencia desleal, consentimiento explícito o tácito de la persona famosa al empleo del doble... (A.R.G.).

48. CHABERT/PELTAT, C.: «Vers un statut du corps Humain? Analyse des projets de loi relatif au corps humain et à l'utilisation des produits et éléments», GP, 1993, núms. 92-93, pp. 10-17.

Análisis de los primeros proyectos de ley. Aportaciones de la comisión. Conclusiones. (Aranda/Sierra).

49. DAVERAT, X.: «La communication de l'adresse d'un débiteur peut-elle être refusée en vertu du droit au respect de la vie privée?», *SJ*, 1993, núm. 8, II, 22001, pp. 69-70.

Comentario a la sentencia de Casación civil, sección 1.ª, de 30 de junio de 1992. (Aranda/Sierra).

50. DELMAS SAINT-HILAIRE, J. P.: «La mort: la grande absente de la décision rendue dans l'affaire di sang contaminé par le Tribunal correctionnel de Paris», *GP*, 1993, núms. 66-68, pp. 2-13.

Comentarios sobre la insatisfacción que ha producido la decisión del mencionado tribunal, de 23 de octubre de 1992, sobre los damnificados por las transfusiones de sangre contaminada por el virus del SIDA. (Aranda/Sierra).

51. DOGLIOTTI, M.: «Ancora sugli anziani cronici non autosufficienti: sono imputabili i parenti o i responsabili delle strutture sanitarie?», *DFP*, 1993, núm. 4 (octubre-diciembre), parte primera, pp. 1178-1181.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Venecia de 16 de junio de 1993. (A.R.G.).

52. DOMINGO, M.: «Convention internationale des droits de l'enfant et bénéfice de la sécurité sociale en faveur des enfants», *GP*, 1993, núm. 101-105, pp. 22-26.

Comentario a la sentencia de 27 de noviembre de 1992, del Tribunal de Apelación de París, sección 18, sobre aplicación directa de la Convención de Derechos del niño en materia de seguridad social. (Aranda/Sierra).

53. FIORAVANTI, C.: «L'adozione in base all'art. 6, par. 1 della Convenzione di Strasburgo», *NLCC*, 1993, núm. 6, pp. 1398-1404.

Observaciones al control constitucional ordenado por la Corte de apelación de Roma, 25 de septiembre de 1993, ante la posible vulnerabilidad de los artículos 29, 30 y 3 de la Constitución italiana. (R.D.R.).

54. FUSARO, Andrea: «Gli statuti delle associazioni», *RTDPC*, 1993, 4, p. 1117.

Se debate especialmente sobre la admisibilidad de asociaciones con estructura personalista en las que el poder de administración compete a todos los socios y, sin embargo, falta la subdivisión de órganos. (Díez-Picazo/Rodríguez).

55. GAMBINO, A. M.: «Il danno economico del “Testimonial”», LGCC, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte segunda, pp. 222-232.

Ilícito civil consistente en el abuso del derecho a la imagen y la reparación de los daños morales. (A.R.G.).

56. GARAY/GONI: «Problèmes religieux entre époux nés du divorce quant à l'éducation des enfants», GP, 1993, núms. 337-338, pp. 8-13.

Comentario a la sentencia del Tribunal de apelación de Montpellier, de 29 de junio de 1992. (Aranda/Sierra).

57. GAUDEMMENT, Y.: «Les comités consultatifs de protection de personnes dans la recherche biomédicale (CCPPRB). Le bilan juridique», SJ, 1993, núm. 8, I, 3653, pp. 89-90.

Análisis de los comités consultivos: su composición, organización y funcionamiento; atribuciones y naturaleza jurídica. (Aranda/Sierra).

58. DE GIORGI, M. V.: «Immissioni di rumore e tutela della salute», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 786-803.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 10-12-1992. Daños causados a los derechos de la personalidad (en concreto, a la salud), como consecuencia del ejercicio del derecho de propiedad. (A.R.G.).

59. GOLLA, P.: «Zwei Jahre neues BDSG- Zur Entwicklung des Datenschutzrechts seit 1991», NJW, 1993, pp. 3109-3118.

Dos años de nueva Ley de protección de los datos de carácter personal. El desarrollo del Derecho de protección de datos desde 1991. (M.P.G.R.).

60. IOFREDDI, V.: «Sulla risarcibilità del danno da diffamazione a mezzo stampa», LGCC, 1993, núm. 4 (julio-agosto), parte primera, pp. 637-643.

Notas a la resolución de casación civil de 21-10-1992 en materia de difamación. (A.R.G.).

61. JEGOUZO/LAMARQUE: «Environnement», RDI, 1993, núm. 1, pp. 55-60.

Notas a diversas sentencias sobre desarrollo y medio ambiente. La protección de la naturaleza y la protección del patrimonio cultural. (Aranda/Sierra).

62. JÉOL, M.: «Transexualité et rectification des actes de l'état civil», GP, 1993, núm. 101-105, pp. 10-18.

Comentarios a dos sentencias de la Corte de casación, asamblea plenaria, de 11 de diciembre de 1992, sobre transexualidad. El cambio físico obliga al cambio del estado civil. Aplicación de los arts. 9 y 57 del Código civil francés en relación con el art. 8 de la Convención Europea de salvaguarda de los Derechos del Hombre y Libertades fundamentales. (Aranda/Sierra).

63. JEOL/MEMETEAU: «Le respect dû à la l'état civil du sexe apparent de la personne présentant le syndrome du transexualisme et ayant subi un traitement dans un but thérapeutique», SJ, 1993, núm. 5, II, 21991, pp. 41-50.

Notas a diversas sentencias de casación, asamblea plenaria, de 11 de diciembre de 1992, sobre transexualidad y estado civil. (Aranda/Sierra).

64. HERMES, G./WALTHER, S.: «Schwangerschaftabbruch-zwischen Recht und Unrecht», NJW, 1993, pp. 2337-2347.

El aborto, entre lo jurídico y lo antijurídico. Comentario a la segunda sentencia del BVerfG. de 28-5-93 y sus consecuencias. (M.P.G.R.).

65. LEPAGE-JESSUA, C.: «Le Cour européenne des droits de l'homme affirme sa suprématie sur les juridictions nationales», GP, 1993, núm. 192-194, pp. 13-17.

Comentario a la sentencia de la Corte Europea de los derechos del hombre de 28 de diciembre de 1992, como sentencia fundamental para el derecho administrativo francés. (Aranda/Sierra).

66. LORETI BEGHÉ, Adriana: «La procreazione assistita di fronte alla legge: brevi cenni di diritto internazionale e comparato», GC, 1993, 9, p. II-439.

Denuncia el vacío legislativo que existe todavía en Italia en materia de procreación asistida e ingeniería genética y propone un estudio comparativo

del derecho extranjero para aproximar una solución. (Díez-Picazo/Rodríguez).

67. VON MANGOLDT, H.: «Öffentlich-rechtliche und völkerrechtliche Probleme mehrfacher Staatsangehörigkeit aus deutscher Sicht», JZ, 1993, pp. 965-974.

El autor analiza los problemas de Derecho público y Derecho internacional público que plantea la ostentación por una persona de más de una nacionalidad. (M.P.G.R.).

68. MARTINY, D.: «Probleme der Doppelstaatsangehörigkeit im deutschen Internationalen Privatrecht», JZ, 1993, pp. 1145-1150.

En tanto que el DIPr. alemán se remita a la nacionalidad de una persona, prevalecerá la nacionalidad alemana en los casos de nacionalidad múltiple. El artículo muestra que esto puede suceder en el Derecho vigente sobre doble nacionalidad y que la admisión de base de la doble nacionalidad conduciría a un aumento de la aplicación del Derecho material alemán y no plantearía especiales dificultades. (M.P.G.R.).

69. MASSIP, J.: «Curatelle —Maintien de la mesure— Conditions», GP, 1993, núms. 38-40, p. 15.

Curatela por prodigalidad para auxiliar a la moral familiar. Comentario a la sentencia de Casación, sección 1.^a de lo civil, de 2 de junio de 1992. (Aranda/Sierra).

70. MEHRINGS, J.: «Vertragsrechtliche Aspekte der Nutzung von Online- und CD-ROM-Datenvanken», NJW, 1993, pp. 3102-3109.

Aspectos jurídicos del uso de bancos de datos en Online y CD-ROM. (M.P.G.R.).

71. MORIN, B.: «L'Europe et la protection des données personnelles: la proposition de directive du Conseil des communautés européennes relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données», GP, 1993, núms. 92-93, pp. 18-23.

Estudio de la proposición modificada de Directiva del Consejo Europeo COM (92) —422 final— SYN 287, de 15 de octubre de 1992. Evolución jurídica; su relación con la legislación francesa existente y nivel de protección. (Aranda/Sierra).

72. NOMER, E.: «Türkisches Internationales Privatrecht und doppelte Staatsangehörigkeit», JZ, 1993, pp. 1142-1145.

El Derecho turco vigente permite la doble nacionalidad y el DIPr. turco da preferencia, en caso de concurrencia con otra, a la nacionalidad turca. A juicio del autor, en el campo de las relaciones jurídico-privadas turco-alemanas, esta concepción no plantea especiales fricciones fuera de las derivadas de las dificultades de reconocimiento de sentencias alemanas de estado civil. (M.P.G.R.).

73. ODDONE, V.: «Un nuovo tipo di conflitto tra persone ed istituzione: l'anziano cronico non autosufficiente e l'Ospedale», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte primera, pp. 697-714.

Anotaciones a la resolución de la Pretura de Bolonia de 21 de diciembre de 1992 sobre el derecho de un anciano crónico y no autosuficiente a la permanencia y disfrute de una asistencia sanitaria en un hospital, ante la imposibilidad de los familiares de ofrecerle unas prestaciones adecuadas. (A.R.G.).

74. OLEKHNOVITCH, G.: «La réforme du Code de la nationalité français (loi núm. 93-933 du 22 juillet 1993)», GP, 1993, núms. 283-285, pp. 2-16.

Definición del concepto de nacionalidad. Evolución del Derecho de nacionalidad en Francia y el origen de la nueva Ley. Puntos esenciales de la reforma. La nueva Ley y su relación con el Código civil francés. Textos derogados. (Aranda/Sierra).

75. DE PALMA, P.: «Valore dell'immagine di persona celebre e pubblico interesse alla conoscenza», Dir. Aut. 1993, núm. 4, pp. 641-649.

Nota a la resolución de la Corte Suprema de Casación de 6 de febrero de 1993 n. 01503 sobre divulgación de la imagen de una persona pública. (A.R.G.).

76. PETRELLI, P.: «Rappresentanza legale e ufficio di diritto privato», LGCC, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte segunda, pp. 189-221.

Análisis de la representación legal y sujetos que ostentan la misma en determinados ámbitos (ausencia, herencia yacente, testamento, procedimiento de quiebra). (A.R.G.).

77. PINNA, A.: «Un nuovo ruolo dell'ente locale nella tutela dei minori», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte segunda, pp. 733-746.

Dos aspectos del papel de los entes sociales: Labor de vigilancia, asistencia y control en el conflicto de intereses menor-progenitores. Reformulación de la relación entre administración y jurisdicción, que no consiste ya en una primacía de la una sobre la otra, sino en una reglamentada colaboración ente local-autoridad judicial de menores. (A.R.G.).

78. PUTTI, P. M.: «Il diritto "di salute" e i poteri del giudice ordinario: una nuova terminologia per una vecchia soluzione», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 737-746.

Anotaciones a la sentencia de casación civil de 20-2-1992 n. 2092. Acción de resarcimiento por los daños ocasionados a la salud del propietario de un fundo, a causa de la instalación por parte de la Administración Pública de una depuradora cercana al fundo. (A.R.G.).

79. RAYMOND, G.: «Le statut juridique de l'embryon humain», GP, 1993, núms. 113-114, pp. 7-12.

Los problemas del embrión: su posible personalidad jurídica y el derecho a ser protegido. El embrión dispone de una personalidad jurídica incompleta y condicional. (Aranda/Sierra).

80. RESCIGNO, P.: «Anziani cronici non autosufficienti, doveri della famiglia ed obblighi delle istituzioni (Premesse civilistiche)», DFP, 1993, núm. 4 (octubre-diciembre), parte primera, pp. 1174-1178.

Nota a la resolución del Tribunal de Venecia de 16 de junio de 1993. Determinación del sujeto que vulnera el derecho al cuidado de un anciano crónico no autosuficiente: hospital o familiares. (A.R.G.).

81. RÜPKE, G.: «Anwaltsrecht und Datenschutzrecht», NJW, 1993, pp. 3097-3102.

En este trabajo el autor sostiene la inadecuación de la normativa federal relativa a la protección de datos con la específica relación que se mantiene entre el abogado y el cliente. En este marco, dicha normativa federal ha de coordinarse con la específica sobre el ejercicio de la abogacía. (M.P.G.R.).

82. SACCHETTI, L.: «Sul giudice relatore dotato di poteri istruttori e direttivi nel procedimento camerale minorile», *DFP*, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte segunda, pp. 717-725.

Nulidad de los actos dictados en materia de patria potestad de los padres, debido a la atribución de funciones instructoras al juez relator. (A.R.G.).

83. SINAGRA, A.: «Il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni amministrative e giudiziarie straniere concernenti e cambiamenti di cognome. La Convenzione di Istanbul del 4 settembre 1958», *DFP*, 1993, núm. 4 (octubre-diciembre), parte segunda, pp. 1235-1245.

Análisis de las disposiciones más relevantes de la Convención de Estambul de 4 de septiembre de 1958. Problema de la «reserva» del orden público interno del Estado. Ámbito de operatividad de la convención. La incidencia de los procedimientos de cambio de apellido sobre el status de las personas. Crítica de la tesis de la sustitución del principio *locus regit actum* al principio subjetivo de la nacionalidad. Principio de la *lex patriae*. (A.R.G.).

84. STALTERI, Marcello: «Genetica e processo: la prova del "dna fingerprint". Problemi e tendenze». *RTDPC*, 1993, 1, p. 189.

Trata los problemas jurídicos que origina la llamada prueba del «dna fingerprint» desde dos perspectivas: su aplicación al proceso penal y al proceso civil, aportando para su investigación la experiencia del Derecho inglés y norteamericano. (Díez-Picazo/Rodríguez).

85. STARCK, Ch., «Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens», *JZ*, 1993, pp. 816-822.

La protección constitucional de la vida humana no nacida. Comentario a la sentencia del BVerfG. de 28-5-1993. (M.P.G.R.).

86. SUDRE, F.: «Droit de la Convention européenne des droits de l'homme», *SJ*, 1993, núm. 8, I, 3654, pp. 93-98.

Exposición de las decisiones emitidas por el Tribunal Europeo durante 1992 en las siguientes materias: jurisdicción, derecho a la integridad psíquica, derecho a la libertad y a la seguridad, derecho a la vida privada y familiar, derecho a un proceso justo, etc. (Aranda/Sierra).

87. WAGNER, R.: «Zur Anknüpfung der Frage nach dem Bestehen von Persönlichkeitsrechten im außervertraglichen Schuldrecht», JZ, 1993, pp. 1034-1041.

Estudio de DIPr. sobre la ley aplicable al derecho de la personalidad que se considera vulnerado en una relación extracontractual. (M.P.G.R.).

88. WOLFSLAST, G./ROSENAU, H.: «Zur Anwendung des Arzneimittelgesetzes auf die Entnahme von Organ- und Gewebetransplantaten», NJW, 1993, pp. 2348-2353.

Sobre la aplicación de la Ley de Farmacología a las extracciones y trasplantes de órganos y tejidos. (M.P.G.R.).

3. PERSONA JURÍDICA

89. DE ANGELIS, L.: «L'associazione a fini di ricerca scientifica: forme giuridiche», RDC, 1993, núm. 5.º, parte primera, pp. 591-608.

En la actualidad la búsqueda científica no sólo se lleva a cabo por un sujeto individual, sino también a través de una actividad de equipo, esto es, una actividad organizada. El autor examina los sujetos de la actividad de investigación y las reglas de su organización corporativa en el ordenamiento jurídico. Estudio de diversas leyes italianas relacionadas con la materia. (A.R.G.).

90. BRUSCUGLIA, L. Y OTROS: «Legge-quadro sul volontariato», NLCC, 1993, núm. 4, pp. 775-908.

Análisis de la Ley 11 agosto 1991, núm. 266, reguladora de la actividad, individual u organizada, del voluntariado, reconociendo y valorando su relevancia pública-social y relacionando su actuación organizada con los entes colectivos provistos de personalidad jurídica. (R.D.R.).

91. CALO, Emanuelle: «Anstalt: Fondazione con scopo di lucro? (Nota A Cass. 15 febbraio 1993, n. 1853)», FI, 1993, 9, p. I-2535.

Se examinan los presupuestos para el ejercicio de los derechos por parte de sociedades extranjeras con personalidad jurídica reconocida. (Díez-Pi-
cazo/Rodríguez).

92. CASSESE, Sabino: «Le persone giuridiche e lo Stato», *CI*, 1993, 1, p. 1.

Se ocupa del sometimiento de las personas jurídico públicas a la disciplina del derecho privado por su inserción en el art. 11 del Código civil italiano de 1942. (Díez-Picazo/Rodríguez).

93. VENUTI, M. C.: «Sugli effetti dello scioglimento di un'associazione non riconosciuta», *LGCC*, 1993, núm. 4 (julio-agosto), pp. 523-537.

Comentario a la resolución de casación civil de 19-8-92 n. 9656, sobre asociaciones no reconocidas. (A.R.G.).

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

94. AA.VV.: «Número especial», *GP*, 1993, núms. 55-56.

Número especial dedicado a la venta por correspondencia. La oferta de productos y de servicios. La promoción de ventas y la formación del contrato. La ejecución de los pedidos. Ficheros y bases de datos: aspectos técnicos. (Aranda/Sierra).

95. AA.VV.: «Chronique d'actualité: Droit des obligations», *SJ*, 1993, núm. 12, I, 3660, pp. 129-132.

Notas doctrinales y jurisprudenciales sobre la eficacia del contrato; duración del contrato; oponibilidad y acción pauliana. (Aranda/Sierra).

96. AGOSTINI, C.: «Danno da svalutazione e modifica del saggio di interesse: indirizzi giurisprudenziali», *RDC*, 1993, núm. 4.º, parte segunda, pp. 404-433.

Problemática del daño por la devaluación monetaria, cuestión sin resolver en materia de las obligaciones pecuniarias a pesar de los numerosos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales al respecto. (A.R.G.).

97. ALESII, Emma: «L'intervento attivo del danneggiato ex art. 1227, 2.º comma c.c.: l'esercizio di azioni giudiziarie e esigibile? (Nota a Cass. 20 novembre 1991, n. 12439)», *FI*, 1993, 4, p. 1-1223.

Trata de la obligación de abstenerse de agravar el daño impuesto al lesionado contractual o extracontractualmente. (Díez-Picazo/Rodríguez).

98. ALPA, G.: «L'assurance de responsabilité civile du professionnel en droit italien», RIDC, 1993, núm. 1, pp. 117-127.

Examen de los aspectos más importantes de la responsabilidad civil y el seguro de los profesionales, con especial atención a las reglas de responsabilidad contractual y aquiliana. En la responsabilidad contractual, las normas del Código civil sobre la ejecución de contratos con arreglo a la buena fe profesional. En cuanto a la responsabilidad aquiliana, sólo se consideran responsables los profesionales que no observan la diligencia necesaria. (Aranda/Sierra).

99. ALPA, Guido: «I contratti informatici della p.a. (Note sul d.l.n. 39 del 1993)», CI, 1993, 1, p. 65.

Comenta la normativa que sobre los contratos informáticos realizados por la Administración Pública contiene el Decreto 39/1993. (Díez-Picazo/Rodríguez).

100. ALPA, Guido: «Le intese tra le imprese nell'esecuzioni di appalti opere pubbliche», GC, 1993, 4, p. II-193.

Se refiere a los aspectos civiles de la disciplina del Decreto legislativo de 1991 que desarrolla la directiva comunitaria en materia de arrendamiento. (Díez-Picazo/Rodríguez).

101. ALLETO, F.-CITARELLA, G.: «Infermità di mente e responsabilità civile davanti alle corti: esperienze italiane e straniere a confronto», LGCC, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte segunda, pp. 24-68.

Panorámica jurisprudencial sobre la responsabilidad médica en el ámbito del cuidado de los enfermos mentales. (A.R.G.).

102. AMBACHER, M.: «L'indemnisation que doit verser l'assureur dommages-ouvrage est-elle subordonnée obligatoirement aux travaux de réparation?», RDI, 1993, núm. 2, pp. 183-187.

Estudio del seguro instaurado en la Ley de 4 de enero de 1978. Concretamente, el seguro sobre el resarcimiento de un daño particular incluido en un plan más general. (Aranda/Sierra).

103. D'AMORE, Alessandra: «Brevi note sui rapporti processuali tra il giudizio di risarcimento del danno e il giudizio di rivalsa nella legge n. 117 del 13 aprile 1988», GC, 1993, 1, p. II-35.

Trata de los problemas, tanto de orden procesal como sustantivo, que suscita la Ley número 117, de 13 de abril de 1988, sobre la responsabilidad

civil de los jueces y el resarcimiento del daño. El autor opina que con esta ley no se ha alcanzado el fin perseguido, que era el otorgar al ciudadano una acción directa contra el juez. (Díez-Picazo/Rodríguez).

104. D'AMORE, Alessandra: «Nullità del contratto di agenzia per mancata iscrizione nell'albo e strumenti di tutela dell'agente per l'opera prestata-nota a Cass. 19 agosto 1992, n. 9675», GC, 1993, 6, p. I-1584. (Díez-Picazo/Rodríguez).

105. ANGELONI, Franco: «*Obiter dicta, rationis decidendi e massime errate in tema di adempimento dell'obbligazione di contrattare di un incapace*», CI, 1993, 1, p. 14.

A partir de la doctrina recogida en la sentencia de casación de 6 de marzo de 1989, n. 1215, trata la posibilidad de invocar la propia incapacidad, cuando el cumplimiento se refiere a aquellas obligaciones de hacer que tienen por objeto la prestación del consentimiento para la conclusión de un contrato definitivo, cuando esta obligación ha nacido de un contrato preliminar válido y eficaz. (Díez-Picazo/Rodríguez).

106. ANNUNZIATA, Michele: «Sulla riproponibilità della domanda tardiva di credito-nota a Trib. Taranto 3 marzo 1993», GC, 1993, 10, p. I-2537. (Díez-Picazo/Rodríguez).

107. ANTONINI, Ilaria: «L'esperibilità dell'actio pauliana avverso la sentenza ex art. 2932 c.c-Nota a Cass. 16 gennaio 1992, n. 497», GC, 1993, 3, p. I-768. (Díez-Picazo/Rodríguez).

108. AUBERT, J. L.: «A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers», RTDC, 1993, núm. 2, abril-junio, pp. 263-278.

Distinción entre partes y terceros según el momento en que se encuentre el contrato y las partes afectadas por él. Distinción no delimitada claramente. (Aranda/Sierra).

109. AZZARO, Andrea: «Vendita a scopo di garanzia e divieto del patto commissorio», GC, 1993, 3, p. II-101.

Se estudia la admisibilidad o no de la venta con pacto de retro a la vista de las posiciones jurisprudenciales y doctrinales sostenidas sobre la materia y en atención a la prohibición del pacto comisorio establecida por el código civil italiano. El autor relaciona esta cuestión con el problema del negocio en fraude a la ley y la causa negocial. (Díez-Picazo/Rodríguez).

110. BALDUZZI, M.: «L'assicurazione obbligatoria r.c. per i ciclomotori», NLCC, 1993, núm. 6, pp. 1379-1381.

Observaciones al artículo 130, apartado 1.º, del decreto legislativo de 10 de septiembre de 1993, núm. 360, modificativo del artículo 237.1 del Código de la circulación. (R.D.R.).

111. BARBIER, J.-D.: «Droit de cession pour tout commerce et usage de bureau», GP, 1993, núm. 353-355, pp. 9-11.

Comentario a las sentencias de Casación civil, sección 3.ª, de 16 de diciembre de 1992 y 7 de julio de 1993, sobre el derecho a traspasar una oficina alquilada. (Aranda/Sierra).

112. BARBIER, J.-D.: «Baux commerciaux, l'indemnité d'occupation due par le preneur en cas de repentir du bailleur», GP, 1993, núms. 353-355, pp. 2-6.

Análisis del principio del derecho a la indemnización por ocupación (evolución jurisprudencial y críticas al concepto). Naturaleza jurídica de la indemnización. Análisis del art. 20 del Decreto de 30 de septiembre de 1953. (Aranda/Sierra).

113. BARBIER, J.-D.: «Comentario a la sentencia de la Corte de casación civil, sección 3.ª, de 6 de enero de 1993», GP, 1993, núms. 13-14, pp. 12-13.

Revisión de la renta de arrendamientos según el art. 28 del Decreto de 30 de septiembre de 1953. (Aranda/Sierra).

114. BATTAGLIA, Cristiano: «Contratti innominati e causa tipica-nota a Cass. 20 novembre 1992, n. 12401», GC, 1993, 11, p. I-2711. (Díez-Picazo/Rodríguez).

115. BELOT, P.: «Comentario a la sentencia del Tribunal de Apelación de París, sección 16, de 2 de noviembre de 1991», GP, 1993, núms. 22-23, pp. 15-17.

La sentencia analiza el arrendamiento en general. Duración y fin. Cláusula resolutoria. La venta del inmueble arrendado. (Aranda/Sierra).

116. BELOT, Ph. DE: «Commentaire du décret du 26 août 1992 maintenant le blocage des loyers en renouvellement des locaux d'habi-

tation et professionnels dans l'agglomération parisienne en application de l'art. 18 de la loi du 6 juillet 1989», GP, 1993, núms. 164-166, pp. 2-8.

Estudio del ámbito de aplicación del citado precepto y sus efectos tanto positivos, como negativos. (Aranda/Sierra).

117. BELLANTUONO, Domenico: «La contrastata cessazione del regime di proroga dei contratti agrari (Nota a Cass. 23 aprile 1992, n. 4923)», FI, 1993, 1, p. I-156.

Trata la controversia suscitada por la aplicación de la Ley 203/1982 sobre la conversión del contrato asociativo agrario en contrato de arrendamiento y su régimen transitorio. Si a su vencimiento no se han convertido en contratos de arrendamiento, el autor pone en duda si debe cesar el régimen de prórroga porque pelagra la continuidad de la actividad agraria. (Díez-Picazo/Rodríguez).

118. BELLANTUONO, Domenico: «Gli adempimenti preventivi per il giudizio di risoluzione dei contratti agrari all'esame delle sezioni unite della Cassazione (Nota a Cass. 19 gennaio 1993, n. 633, 14 dicembre 1992, n. 13169, e Trib. Ascoli Piceno 9 luglio 1992)», FI, 1993, 2, p. I-381.

La resolución del contrato agrario puede ser pronunciada en caso de que el arrendatario haya sido considerado culpable de un incumplimiento contractual grave, particularmente en relación a las obligaciones inherentes al pago del canon arrendaticio, conservación de la finca y subarriendos. Sin embargo, es necesario que antes de recurrir al juez el acreedor haya exigido al deudor, mediante requerimiento, el correcto cumplimiento y que éste no haya sanado, en consecuencia, su incumplimiento. (Díez-Picazo/Rodríguez).

119. BERNARDINI, Piero: «Arbitrato e consulenza tecnica», RTDPC, 1993, 2, p. 613.

El autor analiza desde el punto de vista dogmático la figura del asesor jurídico-técnico, el contenido de su prestación, cumplimiento de la obligación y su responsabilidad por incumplimiento. (Díez-Picazo/Rodríguez).

120. BERNREUTHER, F.: «Zum Maßstab der Auslegung von AGB un dem Transparenzgebot», BB, 1993, pp. 1823-1827.

El autor pone en relación las reglas de interpretación de las condiciones generales de los contratos, con el llamado principio de transparencia de construcción doctrinal y jurisprudencial. (M.P.G.R.).

121. BERRA, Alessandra: «Ancora incertezze in ordine al regime giuridico delle opere di demolizione e fedele ricostruzione di fabbricato preesistente-Nota a T.A.R. Puglia, Lecce, 22 gennaio 1992, n. 57», GC, 1993, 2, p. I-565. (Díez-Picazo/Rodríguez).

122. BIANCO, Giovanni: «Corte Costituzionale e danno biologico: incontri viepiú ravvicinati (Nota a Corte cost. 27 dicembre 1991, n. 485)», FI, 1993, 1, p. I-73.

Trata el problema de la responsabilidad civil derivada del daño biológico y su base en el derecho fundamental a la salud y su resarcibilidad por los daños causados. (Díez-Picazo/Rodríguez).

123. BIN, Marino: «La circolazione internazionale dei modelli contrattuali», CI, 1993, 2, p. 475.

Recoge las opiniones e ideas vertidas por los civilistas en el Convenio, celebrado en Génova, organizado por G. Visintini, bajo el título «Il diritto dei nuovi mondi». (Díez-Picazo/Rodríguez).

124. BITTER, W./BITTER, G.: «Wandelungsmöglichkeit des professionellen Käufers und Nachlieferungsrecht des Verkäufers bei aliud-Lieferung», BB, 1993, pp. 2315-2326.

En octubre de 1991 el BGH, en un asunto muy conocido, se cuestionó de nuevo un tema que desde comienzos de siglo viene siendo muy discutido por la doctrina germana: en caso de entrega de una cosa distinta de la comprada (aliud), ¿han de ser aplicadas las normas sobre responsabilidad por defectos de la cosa (permitiéndose entonces una modificación contractual), o las normas sobre incumplimiento del contrato (que darían al vendedor derecho a una segunda entrega)? Los autores del presente artículo analizan el tema en el Derecho alemán y en la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías (UNK), comparando ambos sistemas y llegando a conclusiones respecto del primero. (M.P.G.R.).

125. BORTOLOTTI, Fabio: «La nuova legislazione sul contratto de agenzia: prime considerazioni sul decreto 303 del 10 settembre 1991», CI, 1993, 1, p. 95.

Realiza un estudio comparativo de la normativa adoptada en los países miembros de la Unión Europea para adecuar su ordenamiento a la directiva n. 86/653, de 18 de diciembre de 1986, en materia de agentes de comercio y contrato de agencia. (Díez-Picazo/Rodríguez).

126. DAL BOSCO, M.: «Compensazione legale e giudiziale», RDC, 1993, núm. 4.º, parte segunda, pp. 493-502.

Análisis de los artículos 1242.1 y 1243.2 del Código Civil, reguladores de la compensación legal y la judicial, respectivamente. «Modus operandi» de la compensación y requisitos de la misma: reciprocidad, homogeneidad, exigibilidad y liquidez. (A.R.G.).

127. BOULÉ, E.: «Le bail à réhabilitation: quel intérêt pour un propriétaire?», GP, 1993, núm. 164-166, pp. 8-16.

La finalidad de este tipo de contratos. Los contratantes propietarios y los contratantes titulares de un derecho real en propiedad ajena. (Aranda/Sierra).

128. BOZZA, Marina: «Sul momento di valutazione dell'impossibilità della condizione—nota a Cass. 5 gennaio 1993, n. 63», GC, 1993, 9, p. I-2143. (Díez-Picazo/Rodríguez).

129. BRAULT, P. H.: «La fixation du loyer du bail renouvelé en presence d'une clause de loyer variable», GP, 1993, núms. 85-86, pp. 8 y 25-28.

Comentario a la sentencia de apelación de París de 13 de octubre de 1992. (Aranda/Sierra).

130. BRAULT, Ph.-H.: «La résiliation anticipée du bail commercial selon l'art. 37 de la loi du 25 janvier 1985 et ses conséquences pécuniaires», GP, 1993, núms. 353-355, pp. 7-9.

Comentario a la sentencia de Casación comercial de 2 de febrero de 1993, sobre falta de respuesta en plazo legal al derecho de opción del administrador. (Aranda/Sierra).

131. BRAUN, J.: «Der Doppelverkauf einer Sache zwischen denselben Parteien», en ACP, 1993, pp. 556 a 566.

Los problemas que plantea la doble venta se examinan aquí considerando el supuesto ciertamente académico —según el autor— de que los dos contratos se celebren entre las *mismas* partes, que contengan cláusulas divergentes y sin que pueda considerarse que prevalece el contenido del contrato celebrado en segundo lugar. (I.G.P.).

132. **BRIÈRE DE L'ISLE, G.:** «Réflexions: baux à loyer et institutions fondamentales de notre droit», *RDI*, 1993, núm. 1, pp. 45-47.

Con base en los principios de libertad contractual se estudian las restricciones de estos principios que operan en los contratos de arrendamiento. (Aranda/Sierra).

133. **BÜLOW, P.:** «Fernunterrichtsvertrag und Verbraucherkreditgesetz», *NJW*, 1993, pp. 2837-2840.

Un contrato celebrado a distancia, regulado por la Fernunterrichtsschutzgesetzes, puede ser al mismo tiempo un contrato de crédito, regulado por la Verbraucherkreditgesetzes. Ciertas preguntas fronterizas entre ambas modalidades contractuales sólo pueden ser parcialmente contestadas por el § 9 de la FernUSG. El siguiente artículo trata de los contratos a distancia financiados por terceros, y en concreto, de su relación con los contratos análogos a los de crédito del § 2 de la VerbrKG, y examina las consecuencias de la resolución o del desestimiento de los mismos. (M.P.G.R.).

134. **BÜLOW, P.:** «Änderung des Verbraucherkreditgesetzes durch das Bauhandwerkersicherungsgesetz», *NJW*, 1993, pp. 1617-1619.

El autor pone de manifiesto las modificaciones de la Ley del crédito al consumo que entró en vigor el 1-1-1991, a través de la Ley para la seguridad en la construcción de 27-4-1993. (M.P.G.R.).

135. **BUSSOLETTI, M.:** «La sorte del mandato all'incasso *in rem propriam* nell'amministrazione straordinaria: elogio dell'esegesi», *RDC*, 1993, núm. 2.º, parte primera, pp. 256-268.

El mandato para el cobro *in rem propriam*, conferido tradicionalmente a bancos y otros organismos en garantía del crédito concedido, ha tenido una historia turbulenta en los últimos treinta años. Este artículo trata de determinar si y en qué medida tal institución persiste tras el sometimiento del mandante al procedimiento de quiebra y a los otros procedimientos concursales. (A.R.G.).

136. **CACACE, M.:** «Le obbligazioni naturali», *LGCC*, 1993, núm. 4 (julio-agosto), parte segunda, pp. 255-284.

Delimitación de la figura de las obligaciones naturales y tipología de los deberes morales o sociales. (A.R.G.).

137. CAFAGGI, F.; CUFFARO, V. Y DIVIA, L.: «Attuazione della direttiva núm. 450/84/CEE in materia di pubblicità ingannevole (d.lgs. 25 gennaio 1992, núm. 74)», NLCC, 1993, núms. 2-3, pp. 671-761.

Comentario acerca de la evolución de la tutela en materia de publicidad engañosa, y la adaptación e integración de la Directiva europea núm. 450/84 con la normativa de autodisciplina publicitaria italiana, ejercida por organismos autónomos al margen de los instrumentos de defensa contractual; mostrando, además, la relación entre la tutela del consumidor y la de la competencia mercantil. (R.D.R.).

138. CANOVA, L.: «I danni psichici dell'istituzionalizzazione», DFP, 1993, núm. 4 (octubre-diciembre), parte segunda, pp. 1344-1379.

Reacciones individuales y daños psíquicos. Fundamentos teóricos del daño psíquico. Riesgos psíquicos en confrontación con la realidad operativa. (A.R.G.).

139. CAPUTO, Edoardo: «La nuova normativa sulla fideiussione per obbligazione futura e la sua applicabilità ai rapporti già sorti-nota a Trib. Como 27 novembre 1992», GC, 1993, 6, p. I-1659. (Díez-Picazo/Rodríguez).

140. CARBONE, S.-LÓPEZ DE GONZALO, M.: «L'arbitrato marittimo», LGCC, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte segunda, pp. 168-188.

Análisis del arbitraje como instrumento de resolución de las controversias marítimas. Disciplina de las cláusulas compromisorias marítimas. Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales marítimos extranjeros en la jurisprudencia italiana. (A.R.G.).

141. CARINGELLA, Francesco: «Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici (Nota a Cass. 20 novembre 1992, n. 12401)», FI, 1993, 5, p. I-1508. (Díez-Picazo/Rodríguez).

142. CARUSI, D.: «Corte costituzionale 3 giugno 1992, núm. 242», NLCC, 1993, núm. 6, pp. 1382-1386.

Comentario a la sentencia de 3 de junio de 1992, núm. 242, sobre indemnización por apertura comercial y resolución del contrato de arrendamiento por acaecimiento de disposición administrativa: Cuestiones de legitimidad constitucional, en relación con el artículo 3 de la Constitución, del artículo 69 de la ley de 27 de julio de 1978, núm. 392. (R.D.R.).

143. CASO, Roberto-IEVA, Carla: «Ancora sul nesso di causalità in tema di colpa del medico (Osservaz. a Cass. 13 gennaio 1992, n. 317)», *FI*, 1993, 7-8, p. I-2331.

Se comenta la sentencia de casación de 13 de enero de 1992, n. 317, según la cual en la búsqueda del nexo de causalidad entre la conducta del imputado y el evento dañoso, en materia de responsabilidad por culpa profesional médico-sanitaria, el criterio de la certeza de los efectos de la conducta del imputado se puede sustituir por el de la probabilidad de tales efectos y de su idoneidad para producirlos. (Díez-Picazo/Rodríguez).

144. CASSERA, Francesca: «Contratto autonomo di garanzia, escussione fraudolenta del garante ed exceptio-nota a Cass. 18 novembre 1992, n. 12341», *GC*, 1993, 11, p. I-2765. (Díez-Picazo/Rodríguez).

145. CATALANO, G.: «Esercizio del diritto di opzione di contratto preliminare: giurisprudenza e idola libertatis», *LGCC*, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte primera, pp. 13-22.

Anotación a la resolución de la Casación Civil de 14 de febrero de 1992 n. 1823. Contrato preliminar, posible objeto del contrato de opción. (A.R.G.).

146. CATALANO, G.: «La (pretesa) unilateralità della condizione fra allocazione dei rischi e regole del contratto», *LGCC*, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 654-665.

Notas a la resolución de casación civil de 30-10-1992, n. 11816, sobre condición establecida en exclusivo interés de uno de los contratantes. (A.R.G.).

147. CENDON, Paolo-GAUDINO, Luigi-ZIVIZ, Patrizia: «Responsabilità civile», *RTDPC*, 1993, 4, p. 1193.

Se investiga la responsabilidad civil derivada del daño producido, entre otras, por las transmisiones televisivas, las guías gastronómicas, las cartas al director, los creadores de tebeos y dibujos animados, etc. (Díez-Picazo/Rodríguez).

148. CIGLIOLA, Valeria: «Il subappalto delle opere pubbliche», *CI*, 1993, 1, p. 230.

Realiza un estudio del Decreto legislativo de 19 de diciembre de 1991, núm. 406, en desarrollo de la directiva de la CEE n. 440 de 1989, sobre subcontrato de arriendo de obras públicas, dando una especial importancia

al fomento de actividades «mafiosas» a que daba lugar la anterior regulación de este contrato. (Díez-Picazo/Rodríguez).

149. CIRULLI, Massimo: «Osservazioni sul principio del contraddittorio nell'arbitrato irrituale-nota a Cass. 5 marzo 1992, n. 3693», GC, 1993, 11, p. I-2783. (Díez-Picazo/Rodríguez).

150. COPPARI, Silvia: «Riflessioni in tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per fatto dannoso del dipendente (nota a trib. luc. 18 gennaio 1992)», FI, 1993, 1, p. I-264.

Trata el problema de la calificación de la responsabilidad sanitaria prestada por un ente público hospitalario y las relaciones jurídicas que se desarrollan entre médico-paciente, ente hospitalario-paciente, médico-ente hospitalario. La naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad se subordina a la tipicidad de la relación jurídica que vincula a las partes. (Díez-Picazo/Rodríguez).

151. CORSETTI, Adelisa: «Giurisdizione in tema di danno erariale e danno ambientale per opere stradali non autorizzate in zona d'interesse archeologico-nota a Cass. sez. un., 23 giugno 1992, n. 7677», GC, 1993, 7-8, p. I-1894. (Díez-Picazo/Rodríguez).

152. COSENTINO, Fabrizio: «Inadempimento del debitore, tutela penale del credito e (negata) libertà di violazione dei diritti relativi (Nota a corte cost. 22 giugno 1992, n. 291)», FI, 1993, 2, p. I-346.

Se reafirma en este trabajo la falta en el ordenamiento jurídico de una sanción penal por el incumplimiento de las obligaciones, dado que se ha mostrado insuficiente la tradicional vía de optar entre el cumplimiento voluntario o la indemnización de los daños y perjuicios. (Díez-Picazo/Rodríguez).

153. COUSIN, A.: «Comentario a la sentencia de la Corte de casación, sección civil 1, de 23 de junio de 1992», GP, 1993, núms. 20-21, pp. 25-29.

Comentario a la sentencia citada en materia de leasing, revocación de mandato y resolución del contrato por falta de pago. (Aranda/Sierra).

154. CRISCUOLI, Giovanni: «Atti giuridici e vizi della volontà», RTDPC, 1993, 3, p. 767.

Trata de resolver o aclarar el problema de los actos jurídicos no negociales realizados por error, violencia o dolo a partir de la contemplación

de supuestos problemáticos en contratos específicos. (Díez-Picazo/Rodríguez).

155. CRISCUOLI GRIPPAUDO, V.: «Il marito, la moglie e la banca in due recenti casi di “undue influence”», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte primera, pp. 562-571.

Nota a la resolución de la Corte de Apelación de Londres de 22 de mayo de 1992. Análisis del «undue influence», vicio del consentimiento del ordenamiento inglés, consistente en un abuso no desinteresado de un cónyuge por parte del otro en base a la confianza existente entre ambos. (A.R.G.).

156. CHABAS, F.: «Un médecin peut-il être un préposé?», SJ, 1993, núm. 11, II, 22013, pp. 100-102.

Comentario a la sentencia de Casación penal, de 5 de marzo de 1992, sobre responsabilidad civil de la Cruz Roja ante un acto dañoso cometido por un médico empleado. (Aranda/Sierra).

157. DE CHIARA, Gennaro: «Permuta di bene presente con bene futuro-nota a Cass. 24 gennaio 1992, n. 811», GC, 1993, 5, p. I-1305. (Díez-Picazo/Rodríguez).

158. CHIRULLI, Paola: «Ancora un no della cassazione alla riscicibilità degli interessi legittimi-Nota a Cass. sez. un. 14 gennaio 1992, n. 364», GC, 1993, 3, p. I-780. (Díez-Picazo/Rodríguez).

159. DELEBECQUE, Ph.: «Les garanties de l'entrepreneur contre l'insolvabilité du maître de l'ouvrage», RDI, 1993, núm. 1, pp. 39-43.

Riesgos asumidos por el promotor ante la insolvencia del contratista. (Aranda/Sierra).

160. DERLEDER, P.: «Wirksamkeitsanforderungen an die vertragliche Mitverpflichtung von Ehegatten und anderen Familienangehörigen für Ratenkredite nach dem Verbraucher kreditgesetz», NJW, 1993, pp. 2401-2406.

Pretensiones de eficacia en las obligaciones contractuales de los cónyuges y de otros miembros de la familia por créditos aplazados según la Ley de crédito al consumo. (M.P.G.R.).

161. DERRUPPÉ/BRIÈRE DE L'ISLE: «Loyers civils et commerciaux», RDI, 1993, núm. 1, pp. 137-144.

Comentarios a diversas sentencias sobre arrendamiento de vivienda y arrendamientos comerciales. (Aranda/Sierra).

162. DERRUPPÉ/BRIÈRE DE L'ISLE: «Loyers civils et commerciaux», RDI, 1993, núm. 2, pp. 275-276.

Comentarios a sentencias sobre arrendamientos de vivienda y arrendamientos de local de negocio. (Aranda/Sierra).

163. DERRUPPÉ/BRIÈRE DE L'ISLE: «Loyers civils et commerciaux», RDI, 1993, núm. 3, pp. 433-437.

Notas a sentencias de arrendamientos, fundamentalmente comerciales: régimen del contrato y derecho a prórroga. (Aranda/Sierra).

164. DEUTSCH, E.: «Fahrlässigkeitstheorie und Behandlungsfehler», NJW, 1993, pp. 1506-1513.

Teoría de la negligencia y defecto de tratamiento. El artículo parte de que la responsabilidad civil del médico es una responsabilidad por culpa y no una responsabilidad por el resultado. Como en cualquier supuesto de responsabilidad por negligencia, al profesional médico que realiza un examen y emite un diagnóstico, se le concede un ámbito de no culpa. A dicho examen se le oponen, no obstante, fuertes limitaciones derivadas de los estándares de la medicina. (M.P.G.R.).

165. DOGLIOTTI, R.: «Sulla natura della controdichiarazione come atto di riconoscimento dell'accordo simulatorio», LGCC, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte primera, pp. 359-365.

Notas a la sentencia de casación civil de 9-6-1992, n. 7084 en materia de simulación. (A.R.G.).

166. DONATH, R.: «Der Anspruch auf Überschussbeteiligung», en ACP, 1993, pp. 279 a 318.

Estudio sobre la naturaleza de la pretensión para el reparto de beneficios en el contrato de seguro de vida con participación en beneficios. (I.G.P.).

167. DONNIER, J.-B.: «Conditions de l'exonération de l'obligation de restitution des sommes indûment percûes», *SJ*, 1993, núm. 11, II, 22012, pp. 98-100.

Comentario a la sentencia de Casación comercial, de 19 de noviembre de 1991, sobre restitución del cobro de lo indebido. (Aranda/Sierra).

168. EINSELE, D.: «Das Kollisionsrecht der ungerechtfertigten Bereicherung», *JZ*, 1993, pp. 1025-1033.

La autora analiza los problemas de DIPr. del enriquecimiento injusto, así como las posibilidades de unificación jurídica en la Comunidad europea en esta materia a través de una investigación de Derecho alemán y de Derecho inglés. (M.P.G.R.).

169. FAVRE/ROCHEX, A.: «La subrogation de l'assureur de personnes», *GP*, 1993, núms. 22-23, pp. 18-19.

Comentario al art. 23 de la Ley 92-665, de 17 de julio de 1992, que modifica el art. L. 131-2 del Código de Seguros. Análisis de la situación anterior y posterior a la Ley de 1992. (Aranda/Sierra).

170. FEDI, Andrea: «In tema di distinzione tra affitto e vendita e di risoluzione di contratto di affitto-nota a Cass. 16 giugno 1992, n. 7418», *GC*, 1993, 7-8, p. I-1904. (Diez-Picazo/Rodríguez).

171. FERRARI, A.: «Esercizio di clausola risolutiva espressa per inadempimento del mutuatario e diritto dell'istituto mutuante al pagamento degli interessi al tasso pattuito nel contratto di mutuo fondiario», *LGCC*, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte primera, pp. 85-92.

Comentario a la resolución de la sentencia de casación civil de 10-4-1991 n. 3763. Efectos del incumplimiento y resolución de un contrato de mutuo, concedido en base a las disposiciones sobre crédito inmobiliario. (A.R.G.).

172. FERRARI, Franco: «Responsabilità civile e danno (note comparative in occasione di una recente pubblicazione)», *CI*, 1993, 1, p. 315.

Comenta el libro de Guido Alpa, «Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questione», Bolonia, 1991. (Diez-Picazo/Rodríguez).

173. FERRARI, Franco: «Prevedibilità del danno e *contemplation rule*», CI, 1993, 2, p. 760.

Afirma la semejanza del régimen de la previsibilidad del daño tanto en el *civil law* como en el *common Law* y en la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de cosas muebles. (Díez-Picazo/Rodríguez).

174. FERRARI, Vincenzo: «Danno biologico e danno previdenziale: una questione di copertura assicurativa del rischio (Nota a Corte cost. 27 dicembre 1991, n. 485)», FI, 1993, 1, p. I-77.

Estudia el problema de la tutela jurídica y judicial del perjudicado por un daño biológico y su inserción en el sistema de aseguración obligatoria de los accidentes laborales. (Díez-Picazo/Rodríguez).

175. FERRARI, Vincenzo: «Infortunio *in itinere*: facciamo il punto (Osservz. a Cass. 13 ottobre 1992, n. 11145, 10 marzo 1992, n. 2883 e 24 febbraio 1992, n. 2291)», FI, 1993, 11, p. I-3122.

Trata el polémico caso de la responsabilidad del empresario cuando el trabajador sufre un accidente dirigiéndose a trabajar o volviendo del puesto del trabajo: los llamados infortunios *in itinere*. (Díez-Picazo/Rodríguez).

176. FIASCHETTI, Elisabetta: «Distinzione tra vendita a corpo e vendita a misura; clausola penale e clausola risolutiva espresa-nota a Cass. 18 giugno 1992, n. 7540», GC, 1993, 6, p. I-1612. (Díez-Picazo/Rodríguez).

177. FINOCCHIARO, Mario: «Contratti agrari e tutela giurisdizionale-nota a Trib. Bergamo 29 gennaio 1993 (ord.)», GC, 1993, 5, p. I-1347. (Díez-Picazo/Rodríguez).

178. FINOCCHIARO, Mario: «Morte dell'affittuario e diritto all'indennità di cui all'art. 43, l.3 maggio 1982, n. 203-nota a Cass. 13 febbraio 1993, n. 1835», GC, 1993, 7-8, p. I-1832. (Díez-Picazo/Rodríguez).

179. FINOCCHIARO, Mario: «Permuta di beni personali e omessa dichiarazione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 179 c.c. Pretesa irrelevanza-nota a Cass. 8 febbraio 1993, n. 1556», GC, 1993, 10, p. I-2427. (Díez-Picazo/Rodríguez).

180. FRANCO, Massimiliano: «Tutela della professionalità e perdita de una *chance*-nota a Cass. 3 febbraio 1993, n. 1336», GC, 1993, 10, p. I-2441. (Díez-Picazo/Rodríguez).

181. FRANZONI, Massimo: «Risarcimento per lesione di interessi legittimi», CI, 1993, 1, p. 274.

Comenta la Ley de 19 de febrero de 1989, n. 142, sobre la responsabilidad civil extracontractual por los daños causados por la Administración Pública en los intereses legítimos de los particulares. (Díez-Picazo/Rodríguez).

182. FRANZONI, Massimo: «Il libro delle obbligazioni e dei contratti», RTDPC, 1993, 3, p. 861.

El autor recuerda la finalidad que tenía la reforma del libro IV, de las obligaciones y de los contratos, del código civil italiano de 1942, tendente a unificar el código civil de 1865 y del código de comercio de 1882. (Díez-Picazo/Rodríguez).

183. FREZZA, Giampaolo: «Il patto di prelazione», GC, 1993, 9, p. II-405.

El autor trata de delimitar el concepto y naturaleza jurídica del llamado «pacto de prelación», ofreciendo, al efecto, las diversas posibilidades que ha ido elaborando la doctrina y la jurisprudencia. (Díez-Picazo/Rodríguez).

184. GABRIELLI, G.: «Clausola compromissoria e contratti per adesione», RDC, 1993, núm. 5.º, parte primera, pp. 555-563.

Ambigüedad del fundamento de la cláusula compromisoria en el derecho italiano vigente. Fundamento de idéntica materia en la directiva comunitaria de 5 de abril de 1993, concerniente a las cláusulas abusivas en los contratos estipulados con los consumidores. (A.R.G.).

185. GABRIELLI, G.: «Contratto preliminare», RDC, 1993, núm. 2.º, parte seconda, pp. 224-249.

Estudio detallado de la disciplina y ámbito de aplicación del contrato preliminar y sus relaciones con el contrato definitivo. (A.R.G.).

186. GALGANO, Francesco: «Sull'equitas delle prestazioni contrattuali», CI, 1993, 2, p. 419.

Estudia la causa como requisito esencial del contrato cuando no hay prestaciones equivalentes. (Díez-Picazo/Rodríguez).

187. GANDOLFI, G.: «L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza la legge?», RDC, 1993, núm. 1.º, parte seconda, pp. 148-158.

Propuesta de soluciones extralegislativas para la unificación del derecho de los contratos en Europa. (A.R.G.).

188. GASLINI, M.: «Sugli effetti civili dei contratti stipulati nell'inosservanza delle leggi valutarie restrittive», RDC, 1993, núm. 2.º, parte seconda, pp. 159-181.

Análisis de la antigua y vigente normativa de leyes monetarias restrictivas y su fundamento. Implicaciones del ilícito monetario sobre la validez del contrato y su tratamiento civil actual por doctrina y jurisprudencia. Hipótesis de una codificación única europea en materia de obligaciones y contratos. (A.R.G.).

189. GHEDINI FERRI, J.: «La riduzione della clausola penale e i valori dell'ordinamento», LGCC, 1993, núm. 4 (julio-agosto), parte primera, pp. 556-565.

Notas a la sentencia de la Pretura de Trento de 19-7-1991 sobre cláusula penal. (A.R.G.).

190. GHESTIN, J.: «Conditions d'exercice de l'action paulienne par le créancier d'une caution», SJ, 1993, núm. 16, II, 22027, pp. 135-138.

Comentario a la sentencia de Casación civil, sección 1.ª, de 13 de enero de 1993, sobre condiciones de ejercicio de la acción pauliana: anterioridad del crédito, empobrecimiento del deudor y fraude. (Aranda/Sierra).

191. GIACOBBE, Emanuela: «Brevi note in tema di fideiussione e c.d. clausola di sopravvivenza-nota a Cass. 23 aprile 1992, n. 4899», GC, 1993, 5, p. I-1294. (Díez-Picazo/Rodríguez).

192. GIAMMARIA, Pierluigi: «Opzione di preliminare o preliminare di preliminare? Una soluzione poco condivisibile della Corte di cassazione-nota a Cass. 14 febbraio 1992, n. 1822», GC, 1993, 11, p. I-2813. (Díez-Picazo/Rodríguez).

193. GIESEN, D.: «Zur Produzentenhaftung bei Familien und Kleinbetrieben», JZ, 1993, pp. 671-678.

Hacia la responsabilidad de los productores en las empresas familiares y en las pequeñas empresas. Comentario a la sentencia del BGH de 19-11-1991. (M.P.G.R.).

194. GIORGIANNI, Michele: «La “parte generale” delle obbligazioni a 50 anni dalla entrata in vigore del codice civile», CI, 1993, 2, p. 482.

Contempla la subsistencia de la tradicional distinción dogmática entre derechos reales y derechos de obligaciones al cumplirse los cincuenta años de la entrada en vigor del Código Civil italiano de 1942. (Díez-Picazo/Rodríguez).

195. GIOVE, S.: «Corte costituzionale 21 luglio 1993, núm. 323», NLCC, 1993, núm. 5, pp. 1199-1210.

Análisis de la sentencia de 21 de julio de 1993, núm. 323, sobre la prórroga legal en el contrato de arrendamiento y su extinción por necesidad sobrevenida del arrendador. (R.D.R.).

196. GIOVE, S.: «Sull’ambito di operatività della proroga di cui all’art. 11, d.l.n. 333/1992», LGCC, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte primera, pp. 82-84.

Anotación a la sentencia de la Pretura de Milán de 10-11-1992 respecto al alquiler e inmuebles urbanos para uso como vivienda. (A.R.G.).

197. GITTI, Gregorio: «Divieto del patto commissorio, frode alla legge, “sale and lease back”», RTDPC, 1993, 2, p. 457.

El autor estudia el concepto y regulación del pacto comisorio y del llamado «lease back» a partir del cambio jurisprudencial operado en la casación desde el año 1983. (Díez-Picazo/Rodríguez).

198. GRAF V WESTPHALEN, F.: «Finanzierungsleasing- Der richtlinienwidrige Ausnahmetatbestand von § 3 II Nr. I VerbrKrG», NJW, 1993, pp. 3225-3229.

En este trabajo se aborda, desde la perspectiva de la VerbrKrG., fundamentalmente la calificación jurídica de un instituto de gran importancia económica, el leasing financiero. A causa de su especial situación en relación con la VerbrKrG., considera el autor que se produce un incumplimiento del Derecho comunitario, con la consecuencia de la responsabilidad del

Estado alemán por la inadecuada trasposición de las disposiciones de la Directiva de crédito al consumo. (M.P.G.R.).

199. DI GREGORIO, V.: «*Culpa in contrahendo e interesse negativo*», LGCC, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte primera, pp. 351-358.

Anotaciones a la resolución de 26-5-1992 n. 6294 sobre responsabilidad precontractual. (A.R.G.).

200. GROSLIÈRE/SAINT-ALARY-HOUIN: «*Promotion immobilière - Vente d'immeuble*», RDI, 1993, núm. 1, pp. 89-91.

Comentarios a diversas sentencias sobre venta de inmuebles: contrato preliminar, venta de inmuebles en construcción, y construcción de casas individuales. (Aranda/Sierra).

201. GROSLIÈRE/SAINT-ALARY-HOUIN: «*Promotion immobilière - Vente d'immeuble*», RDI, 1993, núm. 3, pp. 386-391.

Notas a sentencias sobre sociedades inmobiliarias en general: contratos de promoción inmobiliaria; venta de inmuebles en construcción y contratos de construcción de casas individuales. (Aranda/Sierra).

202. GUARNERI, A.: «*L'azione di nullità (riflessioni sistematiche e comparatistiche)*», RDC, 1993, núm. 1.º, parte prima, pp. 42-83.

Análisis exhaustivo de la acción de nulidad. División sustancial entre aquellos sistemas que ignoran tendencialmente la acción declarativa de nulidad y, en cambio, conocen acciones constitutivas y de condena (Sistemas romano, francés e italiano anterior a la recepción pandectística), y aquellos otros sistemas que reconocen tal acción. Evolución de la experiencia italiana, que va desde un olvido de la acción de nulidad (impuesta por la imitación del modelo francés), hasta la reafirmación y recepción del modelo procesal alemán por obra de Chiovenda. (A.R.G.).

203. GUIDO, A.: «*La garanzia per mancanza di qualità promesse della cosa compravenduta*», LGCC, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte primera, pp. 140-151.

Comentario a la sentencia de casación civil de 25-1-1992, n. 822. Acción de resolución del contrato de compraventa por falta de las cualidades prometidas en el objeto. (A.R.G.).

204. HABERMEIER, S.: «Schadensersatzanspruch und Eingriffskondition bei Berechtigung mehrerer am Gegenstand des Eingriffs», en ACP, 1993, pp. 364-389.

Un problema muy debatido en la doctrina es el referente a la legitimación activa en caso de responsabilidad extracontractual por daños en un bien propiedad de varias personas. Parecidos problemas se plantean cuando existe una reserva de dominio, un titular sometido a condición y, en general, en todos los supuestos en los que sobre el bien dañado concurren varias titularidades jurídico-reales. La cuestión surge en términos similares cuando la pretensión es de enriquecimiento injusto, en caso de *condictio* por intromisión. El autor analiza los casos antes enunciados para encontrar la solución a la vista de las normas aplicables a cada situación. (I.G.P.).

205. HEINRICHS, H.: «Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen», NJW, 1993, pp. 1817-1822.

El Consejo de la Comunidad Europea ha aprobado el 5-4-1993 la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. El art. 10 I de esta Directiva ordena a los Estados miembros su cumplimiento antes del 31-12-1994. A diferencia de la Propuesta de la Comisión de 24-7-1990, a juicio del autor el contenido de la Directiva puede ser integrado sin rupturas en el Derecho alemán. Pero sería incorrecto decir que la Directiva puede ser cumplida a través de algunas correcciones marginales de la AGB.G. En sus once artículos y veinticuatro puntos de su Preámbulo, la Directiva, cuyo texto en alemán se recoge en la propia revista (NJW, 1993, pp. 1838-1841), muestra la necesidad de modificar la AGB.G también en puntos esenciales. (M.P.G.R.).

206. INZITARI, Bruno: «Obbligazioni», RTDPC, 1993, 4, p. 1177.

El autor comenta las sentencias más recientes sobre incumplimiento de las obligaciones pecuniarias, sus presupuestos y la determinación de los intereses en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados por la infracción obligacional. (Díez-Picazo/Rodríguez).

207. IZZO, Nunzio: «Sull'applicabilità della disciplina dei patti in deroga alle locazioni non abitative-Osservazione a Pret. Bologna 18 gennaio 1993 (ord.)», GC, 1993, 3, p. I-798. (Díez-Picazo/Rodríguez).

208. IZZO, Nunzio: «L'indennità di avviamento e l'esecuzione di rilascio-nota a Cass. 17 ottobre 1992, n. 11415», GC, 1993, 6, p. I-1557. (Díez-Picazo/Rodríguez).

209. IZZO, Nunzio: «Patti in deroga: proroga legale automatica ed inapplicabilità agli usi diversi-nota a Trib. Verona 6 aprile 1993, Pret. Roma 19 aprile 1993 (ord.) e Pret. Roma 5 aprile 1993 (ord.)», GC, 1993, 6, p. I-1648. (Díez-Picazo/Rodríguez).

210. IZZO, Nunzio: «Sospensione, nel periodo feriale, del termine decadenziale per l'azione di risoluzione per mutamento d'uso nelle locazioni-nota a C. cost. 4 giugno 1993, n. 268», GC, 1993, 9, p. I-2012. (Díez-Picazo/Rodríguez).

211. JESU, G.: «Vendita separata dei fabbricati e diritto di prelazione dell'affittuario, del mezzadro e del partecipante», LGCC, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte primera, pp. 174-179.

Comentario a la sentencia de casación civil de 2-4-1992, n. 4011 en materia de contratos agrarios. (A.R.G.).

212. JOURDAIN, P.: «L'obligation de sécurité», GP, 1993, núm. 267-268, pp. 6-11.

Estudio jurisprudencial de la obligación de garantía. Críticas a esta obligación por su artificiosidad e injusticia. Su contenido: obligación de medios o de resultado. (Aranda/Sierra).

213. JUNKER, M.: «Das "wirtschaftliche Eigentum" als sonstiges Recht im Sinne des par. 823 Abs. 1 BGB», en ACP, 1993, pp. 348-363.

El numerus clausus establecido en el parágrafo 823.1 BGB a efectos de responsabilidad extracontractual se cierra, no obstante, con la referencia a «otros derechos» (*sonstiges Recht*), tras mencionar los bienes de la vida, integridad corporal, salud, libertad, y propiedad. La opinión dominante considera que esos otros derechos han de ser derechos absolutos. Partiendo de estas premisas, se analiza el concepto de propiedad en sentido económico, siendo en tal caso «propietario» quien sin haber adquirido todavía el dominio, sufre el riesgo de perecimiento o deterioro; así, el comprador a quien todavía deba entregársele el bien mueble que ha comprado. El autor defiende la inclusión de dicha propiedad en sentido económico en la expresión «otros derechos» del parágrafo 823.1 BGB, para reconocer al «propietario en sentido económico», una pretensión de responsabilidad extracontractual frente al autor del daño. (I.G.P.).

214. KADHIM, J.: «L'erreur et la nullité du contrat de vente d'objet d'art», GP, 1993, núms. 6-7, pp. 2-6.

Análisis de la sentencia del Tribunal de París, 1.ª sección, de 15 de noviembre de 1990, que confirma la doctrina sobre la posibilidad de que

un contratante pida la nulidad del contrato evocando error sobre su propia prestación. Problema de distribución del riesgo. (Aranda/Sierra).

215. KAHN, D. E.: «Staatshaftung für verpfuschten Urlaub?», NJW, 1993, pp. 2646-2649.

¿Responsabilidad del Estado por vacaciones frustradas? Primeras anotaciones sobre el caso M.P. Travel Line, en el que se planteó la responsabilidad del Estado alemán por el incumplimiento de la Directiva de viajes combinados. (M.P.G.R.).

216. KAROLLUS, M.: «Grundfälle zum Verbraucherkreditgesetz», JUS, 1993, pp. 651-654 y 821-825.

El autor estudia algunos aspectos fundamentales de la VerbrKrG tras su adaptación a la segunda Directiva comunitaria en la materia. (M.P.G.R.).

217. KEMPER, R.: «Ersatzfähigkeit von Ausfallschäden des Reisenden in der Insolvenz des Reiseveranstalters», NJW, 1993, pp. 3293-3297.

El artículo analiza en qué supuestos debe responder el Estado alemán por el no desarrollo en tiempo de la Directiva 90/314/CEE, sobre viajes combinados, ante la multitud de supuestos surgidos tras la quiebra en el verano de 1993 de importantes operadores turísticos. (M.P.G.R.).

218. KORT, M.: «Zum Begriff des Kaufmanns im deutschen und französischen Handelsrecht», en ACP, 1993, pp. 453-480.

Se compara el concepto de comerciante del parágrafo 1.1 HGB, descrito como sistema «subjetivo», con el del artículo 1 del Code de Commerce, que pivota sobre la noción de acto de comercio, y por ello designado como sistema objetivo. El autor analiza de forma breve y comparativa ambos sistemas para subrayar su paralelismo. (I.G.P.).

219. KRIECHBAUM, M.: «Pflichtverletzung und Rücktritt von Vertrag», JZ, 1993, pp. 642-649.

Incumplimiento y resolución del contrato. El autor analiza el campo de aplicación de las normas sobre cumplimiento defectuoso según el BGB y las propuestas de la Comisión de reforma del Derecho de Obligaciones. (M.P.G.R.).

220. KRIEGK, J. F.: «L'obligation de sécurité: de sa maturation à l'admission du risque de développement (à propos de la responsabilité médicale)», GP, 1993, núms. 113-114, pp. 2-6.

Análisis de la responsabilidad médica. El acto médico y la quiebra de la intención terapéutica (no hay equilibrio entre el mal causado y el resultado esperado). Límites al reforzamiento de la obligación de garantía. (Aranda/Sierra).

221. LADEUR, K. H.: «Die rechtliche Steuerung von Entwicklungsrisiken zwischen zivilrechtlicher Produkthaftung und administrativer Sicherheitskontrolle», BB, 1993, pp. 1303-1312.

El nuevo derecho de responsabilidad por los productos, como la responsabilidad por daños en el medio ambiente, vuelve a renovar la pregunta sobre las relaciones entre el Derecho público y el Derecho privado. El autor analiza particularmente la procedimentalización de los deberes de seguridad. (M.P.G.R.).

222. LAMBERT-FAIVRE, Y.: «L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du Sida: hier, aujourd'hui et demain», RTDC, 1993, núm. 1 (enero-marzo), pp. 1-32.

Análisis de los modos de transmisión del virus, clasificación de la infección y responsabilidad del autor (automovilista, médico, hospital y Estado). Indemnización directa por transfusión: contenido de la indemnización (reparación íntegra de perjuicios). El régimen de las transfusiones tras la Ley de 4 de enero de 1993: el problema de la indemnización. Conclusiones finales. (Aranda/Sierra).

223. LEGUAY/DUBOIS: «Assurances», RDI, 1993, núm. 1, pp. 101-109.

Comentarios a varias sentencias relativas a los seguros. El principio indemnizatorio y el seguro. El seguro de responsabilidad. (Aranda/Sierra).

224. LEGUAY/DUBOIS: «Assurances», RDI, 1993, núm. 2, pp. 238-247.

Anotaciones a sentencias en materia de contratos de seguro: tarifas, legalidad de las cláusulas generales y falta de suscripción del régimen obligatorio. (Aranda/Sierra).

225. LEGUAY/DUBOIS: «Assurances», RDI, 1993, núm. 3, pp. 395-399.

Anotaciones jurisprudenciales sobre la extensión en naturaleza y tiempo de las garantías del seguro obligatorio y del seguro voluntario de responsabilidad; seguro de casas y seguro de responsabilidad. Extensión en naturaleza y cuantía de la garantía de seguro de responsabilidad obligatorio; falta de suscripción del seguro obligatorio de daños. (Aranda/Sierra).

226. LEHMANN, M.: «Produzentenhaftung bei integrierter Produktion- computer integrated manufacturing (CIM)», BB, 1993, pp. 1603-1607.

El autor trata de la responsabilidad de los productores en las modernas industrias, y en particular en las nuevas formas de cooperación industrial con nuevas técnicas de producción integrada. En la producción integrada generalmente se emplea hard y software, lo que lleva al autor a preguntarse por la responsabilidad de los productores y por los productos aplicada al software. (M.P.G.R.).

227. LEHMANN, M.: «Das neue Software Vertragrecht- Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen», NJW, 1993, pp. 1822-1826.

El nuevo Derecho contractual del software. Venta y licencias de programas de ordenador. (M.P.G.R.).

228. LENER, Giorgio: «Gli interessi deducibili in condizione (Osservaz. a Cass. 3 febbraio 1993, n. 1333)», FI, 1993, 11, p. 1-3085. (Díez-Picazo/Rodríguez).

229. LIPARI, N.: «Attuazione della direttiva núm. 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali (d.lgs. 15 gennaio 1992, núm. 50)», NLCC, 1993, núm. 1, pp. 176-239.

Comentario al decreto legislativo que contiene la recepción italiana de la correspondiente directiva comunitaria, en tema de protección del consumidor en contratos celebrados fuera de locales comerciales, recogiendo, fundamentalmente, el derecho a retirarse del negocio como una causa de rescisión contractual. (R.D.R.).

230. LUMINOSO, Angelo: «Contrattazione immobiliare e disciplina urbanistica», RTDPC, 1993, 4, p. 975.

Se estudia el problema de la incidencia de la legislación urbanística en la autonomía privada, recorriendo todos los modelos de solución que recientemente se han propuesto por la doctrina. (Díez-Picazo/Rodríguez).

231. MALINVAUD/BOUBLI: «Architectes, entrepreneurs et techniciens», RDI, 1993, núm. 1, pp. 77-88.

Anotaciones a diversas sentencias en materia de contratos de construcción y responsabilidad de las personas que en tales contratos intervienen. (Aranda/Sierra).

232. MALINVAUD/BOUBLI: «Architectes, entrepreneurs et techniciens», RDI, 1993, núm. 2, pp. 222-231.

Comentarios a varias sentencias sobre contratos de construcción y responsabilidad de los que en ellos intervienen: responsabilidad civil. (Aranda/Sierra).

233. MALINVAUD/BOUBLI: «Architectes, entrepreneurs et techniciens», RDI, 1993, núm. 3, pp. 375-385.

Comentarios a sentencias sobre organización de los profesionales; contratos; acción decenal y responsabilidad contractual y extracontractual. (Aranda/Sierra).

234. MARINO, Vincenzo: «Interpretazione delle clausole contrattuali in tema di notevole inadempimento-osservazione a Cass. 3 febbraio 1993, n. 1341», GC, 1993, 10, p. I-2438. (Díez-Picazo/Rodríguez).

235. MASTRANGELI, Fabrizio Domenico: «L'imponibilità delle somme dovute a titolo di risarcimento del danno da licenziamento illegittimo e per indennità sostitutiva della reintegra-Nota a Cass. 21 aprile 1992, n. 4957», GC, 1993, 2, p. I-461. (Díez-Picazo/Rodríguez).

236. MASTRORILLI, Annachiara: «Inadempimento del fornitore, rischio contrattuale, tutela dell'utilizzatore (Nota a Cass. 21 giugno 1993, n. 6862)», FI, 1993, 7-8, p. I-2144.

A través de la sentencia de casación de 21 de junio de 1993, n. 6862, se estudia el tema del incumplimiento y subsiguiente responsabilidad del deudor en el contrato de leasing y de suministro. (Díez-Picazo/Rodríguez).

237. DE MATTEIS, Raffaella: «Il contratto per persona da nominare», *CI*, 1993, 2, p. 534.

Realiza un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre el contrato por persona a designar, su estructura, presupuestos y régimen jurídico. (Díez-Picazo/Rodríguez).

238. DI MAURO, Nicola: «Ancora sulla clausola si sine liberis decesserit-osservazione a Cass. 25 novembre 1992, n. 12564», *GC*, 1993, 6, p. I-1532. (Díez-Picazo/Rodríguez).

239. DI MAURO, Nicola: «Sull'acquisto di beni con denaro erogato da soggetto diverso dall'acquirente-osservazione a Cass. 23 dicembre 1992, n. 13630», *GC*, 1993, 10, p. I-2465. (Díez-Picazo/Rodríguez).

240. MAZZAMUTO, S.: «La “promessa di vendita” a favore di società futura», *RDC*, 1993, núm. 5, parte primera, pp. 565-590.

Los futuros socios convienen, fuera del contrato de sociedad, entre ellos o también con terceros, que la futura sociedad adquiera ventajas dirigidas a la realización del objeto social. Estudio de tal figura dentro del esquema del contrato a favor de tercero y análisis del elemento de la no actualidad del sujeto beneficiario de la estipulación. (A.R.G.).

241. MEAUD-LAUTOUR: «Le doute sur l'authenticité de tableaux survenue après la vente ne permet pas la mise en jeu de la responsabilité du vendeur», *SJ*, 1993, II, 21976, pp. 1-4.

Comentario a la sentencia de Casación civil, sección 1.^a, de 16 de abril de 1991, sobre la responsabilidad del vendedor. (Aranda/Sierra).

242. MEDICUS, D.: «Die verschärfte Haftung des Bereicherungsschuldners», *JUS*, 1993, pp. 705-710.

La posición del deudor como consecuencia de un enriquecimiento sin causa (§ 812 BGB) es hasta cierto punto privilegiada en función de determinadas circunstancias que tienen en cuenta el habitual desconocimiento que en él concurre respecto del fundamento jurídico de su obligación. Sin embargo, en determinadas ocasiones, la confianza del enriquecido en la legitimidad de poder quedarse con lo recibido, está viciada *ab initio* o llega a estarlo, no pudiendo por ello disfrutar de este régimen privilegiado. Para esta constelación de casos, los §§ 818 IV, 819 y 820 del BGB remiten a los preceptos generales. La remisión es objeto de discusiones que este trabajo de D. Medicus trata de resolver. (M.P.G.R.).

243. MEMMI, F.: «Sida et responsabilité civile», GP, 1993, núms. 115-117, pp. 2-6.

El contagio de SIDA por transfusión sanguínea. Problema de responsabilidad por culpa del autor y por riesgo. Estudio jurisprudencial. (Aran-da/Sierra).

244. MERLIN, Elena: «Prospettive di riforma parziale del diritto dell'esecuzione forzata: L'individuazione dei beni da pignorare e la garanzia patrimoniale c.d. generica dell'obbligazione civile», FI, 1993, 9, p. V-440.

Estudia el procedimiento a seguir en la ejecución forzosa de bienes del deudor, optando por dos modelos: el alemán, en el que el deudor embargado interviene en la elección de los bienes, y el francés, en el que se prescinde de éste y la elección se confía a un órgano público. (Díez-Picazo/Rodríguez).

245. MEYER, Th.: «Aktuelle Mietrechtsänderungen durch das Gesetz über eine Sozialklausel in Gebieten mit gefährdeter Wohnungsverorgung», NJW, 1993, pp. 1353-1357.

Actuales modificaciones en el derecho de arrendamientos urbanos en la Ley sobre una cláusula social en regiones con escasa oferta de viviendas. El autor analiza la nueva regulación que en determinadas zonas declaradas deficitarias en cuanto al acceso a la vivienda, protege al arrendatario concediéndole una especie de «prórroga forzosa» (calificación que es objeto de discusión en el trabajo) por diez años, sin que en este período puedan operar las causas de resolución con base en la propia necesidad del arrendador o en función de una adecuada utilización económica de la vivienda (§ 564 b II 2 y 3 BGB). Además, cumplido este plazo, se habrá de proceder a una adecuada evaluación de los intereses en presencia a fin de poder apelar a dichas causas de resolución. (M.P.G.R.).

246. MICHALSKI, L./RIEMENSCHNEIDER, M.: «Die zivilrechtliche Bedeutung des Mindesthaltbarkeitsdatums für den Verbraucher», BB, 1993, pp. 2097-2105.

Los autores analizan el significado jurídico-civil de la fecha de caducidad de los productos perecederos de consumo, preguntándose por ejemplo si la simple llegada de la fecha indicada elimina la responsabilidad contractual por defectos del producto. (M.P.G.R.).

247. MILIANO, Giuseppe: «Osservazioni in tema di promessa del fatto del terzo-nota a Cass. 11 novembre 1992, n. 12118», GC, 1993, 9, p. I-2181. (Díez-Picazo/Rodríguez).

248. MILLER, G.: «Fragen der Beweislast zu § 324 BGB», NJW, 1993, 1678-1682.

A juicio del autor, una de las preguntas no suficientemente formuladas por la doctrina y que aún no ha sido aclarada correspondiente a la Parte general del Derecho de Obligaciones en Alemania, es la que concierne a la distribución de la carga de la prueba por la imposibilidad imputable al acreedor. La jurisprudencia del BGH no es uniforme; la doctrina no ha logrado trabajar sobre un modelo consistente; la Comisión para la reforma del Derecho de Obligaciones no se ha cuestionado el tema. El artículo trata de mostrar una guía que evite en este punto el riesgo del non liquet. (M.P.G.R.).

249. DELLE MONACHE, S.: «Obbligo legale di contrattare e illecito rifiuto della prestazione», LGCC, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte primera, pp. 459-472.

Anotaciones a la sentencia de la Pretura de Génova de 31-3-1992. Inexistencia de una obligación legal de contratar por parte de las televisiones privadas con los candidatos políticos para la obtención de espacios publicitarios. Problema de la responsabilidad extracontractual de art. 2043 c.c. (A.R.G.).

250. MONTANATI, Massimo: «Profili del subappalto nel diritto privato e nella legislazione sulle opere pubbliche», RTDPC, 1993, 1, p. 27.

El autor trata de aclarar el origen y la finalidad del art. 1.656 del Código civil italiano, que prohíbe el subarrendamiento de obra (subcontrato) no autorizado por el comitente, a través del estudio de su regulación en el Código civil anterior y la realidad social actual en que ha de ser aplicada. (Díez-Picazo/Rodríguez).

251. MORGAN DE RIVERY/GUILLAUD, A.: «Application de la loi du 10 janvier 1978 à un découvert en compte: point de départ du délai de forclusion et paiement par prélèvements sur le compte débiteur», SJ, 1993, núm. 14, II, 22024.

Comentario a la sentencia de Casación Civil, de 9 de octubre de 1992. (Aranda/Sierra).

252. MÜLLER-LAUBE, H. M.: «Die Konkurrenz zwischen Eigentümer und Anwartschaftsberechtigtem um die Drittschutzansprüche», JUS, 1993, pp. 529-536.

La compra con reserva de dominio de una cosa crea en el comprador un derecho de propiedad suspensiva y condicionada que se convierte en plena con el cumplimiento de la condición (el pago del precio). Durante el tiempo que media entre la compra y el total pago del precio los derechos de dominio están divididos. El vendedor tiene el derecho a la propiedad reservada y el comprador es legítimo «usuario» y titular de una expectativa. Esta concurrencia plantea problemas de legitimación cuando la cosa es sustraída, dañada o destruida por la intromisión ilegítima de un tercero. (M.P.G.R.).

253. MURRA, Rodolfo: «Procedimento di omologazione del lodo arbitrale ed incompetenza del giudice adito-nota a Trib. Monza 20 maggio, 1993», GC, 1993, 11, p. 1-2845. (Díez-Picazo/Rodríguez).

254. NATALI, F.: «Sul contratto di mutuo ipotecario a tasso agevolato, finalizzato alla costruzione di alloggi economici», LGCC, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte primera, pp. 430-438.

Anotaciones a la resolución de casación civil de 18-6-1992 n. 7547 respecto a la forma de determinar la tasa de interés ultralegal en los contratos de crédito. (A.R.G.).

255. NEHLSSEN, V.-STRYK, K.: «Grenzen des Rechtszwangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung», en ACP, 1993, pp. 529-555.

Partiendo de las normas de la ley procesal que prevén la ejecución forzosa en forma específica de prestaciones de dar, hacer y no hacer así como sus límites, en especial cuando de prestaciones de hacer infungible se trata, se hace un recorrido histórico sobre la ejecución forzosa *in natura*, desde el Derecho Romano, hasta la codificación. (I.G.P.).

256. NEUHOF, R.: «16 Jahre Kreditsicherheiten Makulatur?», NJW, 1993, pp. 2840-2845.

El artículo muestra los problemas prácticos que resultan para la economía crediticia de la doctrina jurisprudencial, especialmente del BGH, sobre la ineficacia de los contratos de garantía redactados en formularios. (M.P.G.R.).

257. NIERWETBERG, R.: «Die Beweislast für Sollbeschaffenheit und Qualitätsabrede im Sachmängelprozeß», *NJW*, 1993, pp. 1745-1748.

El autor pone de manifiesto que en el proceso por defectos de la cosa, la carga de la prueba de la calidad debida corresponde generalmente al comprador, al arrendatario o al dueño de la obra. En las obligaciones genéricas será en cambio el vendedor, el arrendador o el contratista quien habrá de demostrar la existencia del acuerdo que suponga una minoración de la calidad media establecida en el § 243.1 del BGB, lo que es aplicable a otros supuestos como los descritos en los §§ 363, 640 del BGB. (M.P.G.R.).

258. NOGLER, Luca: «Lo sciopero come causa di esonero dalla responsabilità contrattuale del datore di lavoro-nota a Trib. Roma 5 febbraio 1992», *GC*, 1993, 5, p. I-1354. (Díez-Picazo/Rodríguez).

259. DE NOVA, Giorgio: «Informazione e contratto: il regolamento contrattuale», *RTDPC*, 1993, 3, p. 705.

Trata sobre la responsabilidad contractual y extracontractual, dependiendo de la fase en la que se encuentre el contrato, del contratante que ha ofrecido a la otra parte datos falsos o inexactos y, en consecuencia, ha violado el derecho a la información en los contratos. (Díez-Picazo/Rodríguez).

260. OPPERMANN, B. H.: «Konstruktion und Rechtspraxis der Geschäftsführung ohne Auftrag», en *ACP*, 1993, pp. 497-528.

Tras exponer brevemente los principios que presiden la regulación de la gestión de negocios ajenos sin mandato, a saber, el altruismo como deber jurídico y la intangibilidad de la esfera jurídica propia, se describen los presupuestos de la figura y se analizan los campos en los que se aplica en la práctica. El autor considera que el equilibrio entre los gastos de una parte y los beneficios de otra no puede solucionarse con una fórmula general, sino con los criterios que ofrezcan los distintos ámbitos en los que se recurre a la figura de la gestión sin mandato. (I.G.P.).

261. PADOVINI, F.: «La prevenzione dei danni causati dal rumore negli ambienti di lavoro (art. 46, comma 2.º, d.lgs. 15 agosto 1991, núm. 277)», *NLCC*, 1993, núm. 1, pp. 240-244.

Análisis de la adaptación y ejecución normativa en Italia de algunas directivas comunitarias, en materia de protección del trabajador contra los riesgos derivados de la exposición al ruido en los lugares laborales. (R.D.R.).

262. PANELLA, Katia: «L'incidenza della svalutazione monetaria nei debiti di valuta-nota a Cass. 1 luglio 1992, n. 8094», GC, 1993, 10, p. I-2487. (Díez-Picazo/Rodríguez).

263. PARTESOTTI, G. Y OTROS: «L'attuazione della libertà di prestazione di servizi nell'assicurazione danni (d.lgs. 15 gennaio 1992, núm. 49, nel testo coordinato con le modifiche introdotte dal d. lgs. 17 dicembre 1992, núm. 509)», NLCC, 1993, núms. 2-3, pp. 482-666.

Breve descripción de la Segunda Directiva comunitaria sobre aseguración de daños, reconociendo el principio de libertad de prestación de servicios, en esta materia, del Tratado de la CEE. Normativa que deberá completarse con la Tercera Directiva sobre daños núm. 92/357, que entrará en vigor el 1 de julio de 1994.

Apuntes sobre la distinción entre riesgos de masa y grandes riesgos, la nueva disciplina de la aseguración comunitaria, reservas, el representante para la gestión del siniestro y el representante fiscal, en relación con el Derecho internacional privado. (R.D.R.).

264. PEISSE, M.: «Les obligations de l'assureur dommages par rapport aux délais en cas de sinistre declare», GP, 1993, núms. 200-208, pp. 2-10.

Análisis del art. L. 24b-8 del Código de Seguros: cláusulas tipo y su contenido. Aplicación de estas cláusulas tipo en la jurisprudencia. Modificaciones legislativas y reglamentarias al precepto estudiado. (Aranda-Sierra).

265. PELLEGRINI, L.: «Contratto preliminare di vendita con riserva di usufrutto e morte dell'alienante: obbligo di contrarre e "perpetuatio obligationis"», RDC, 1993, núm. 5, parte segunda, pp. 607-624.

Comentario a la sentencia de casación de 9 de junio de 1990. (A.R.G.).

266. PEREGO, Enrico: «Insediamento del coltivatore del fondo e prelazione del confinante-nota a Cass. 10 ottobre 1992, n. 11087», GC, 1993, 7-8, p. I-1876. (Díez-Picazo/Rodríguez).

267. PERRINI, Antonella: «Orientamenti in tema di "cedibilità" del contratto preliminare e tutela del contraente ceduto (Nota a App. Lecce 10 ottobre 1991)», FI, 1993, 5, p. I-1699.

Trata el problema de la posibilidad de ejecución en forma específica del contrato preliminar de compraventa, cuando el bien objeto de éste se encuentra en el patrimonio del promitente-vendedor. (Díez-Picazo/Rodríguez).

268. PETTARIN, G. G.-PONTI, L.: «Sulla facoltà del curatore fallimentare di optare per lo scioglimento del contratto preliminare concluso dal fallito», *LGCC*, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte primera, pp. 39-41.

Nota a la resolución de casación civil de 17-4-1992 n. 4723 en relación a los efectos de la quiebra sobre relaciones jurídicas preexistentes. (A.R.G.).

269. PINTO, Gianluca: «Sulla conversione del contratto di formazione e lavoro per inadempimento degli obblighi formativi e sul successivo recesso operato dall'imprenditore in regime di libera recedibilità- Osservazione a Cass. 9 aprile 1992, n. 4056», *GC*, 1993, 1, p. I-167. (Díez-Picazo/Rodríguez).

270. PIOMBO, Domenico: «Legittima, ma con facoltà di ricesso del locatore, la proroga legale delle locazioni abitative con scadenza successiva al 14 agosto 1992 (Nota a Corte cost. 21 luglio 1993, n. 323 3 Pret. Bologna, ord. 8 settembre 1993)», *FI*, 1993, 10, p. I-2761.

Se duda sobre la legitimidad de la aplicación automática de la prórroga legal prevista en la Ley 359/1992 al vencimiento del contrato de arrendamiento. (Díez-Picazo/Rodríguez).

271. PORTZ, E.: «Die Einflüsse des Europäischen Binnenmarktes auf das private Baurecht», *NJW*, 1993, pp. 2145-2152.

La autora da un detallado repaso sobre el estado del Derecho comunitario europeo de la construcción y sus implicaciones en el Derecho alemán. Trata de las siguientes Directivas: la Directiva de productos de construcción, la de coordinación de la construcción, la de coordinación de la prestación de servicios y la Propuesta de Directiva de responsabilidad del prestador de servicios. (M.P.G.R.).

272. PRESTI, Gaetano: «Il divieto di cessione del contratto di appalto di opere pubbliche (art. 18, 2.º comma, l.n. 55/1990) e la successione nei contratti ex art. 2558 c.c.», *CI*, 1993, 1, p. 209.

Estudia la nueva normativa instaurada por la Ley de 12 de julio de 1990 relativa a la cesión del contrato de arrendamiento de obra pública que reelabora la anteriormente existente. (Díez-Picazo/Rodríguez).

273. PRESTI, Gaetano: «Ancora in tema di divieto di cessione del contratto di appalto di opere pubbliche», *CI*, 1993, 2, p. 471.

Desarrolla el estudio «Il divieto di cessione del contratto di appalto di opere pubbliche e la successione nei contratti ex art. 2.558 c.c.» aparecido en *Contratto e Impresa*, 1, p. 209 y ss. (Díez-Picazo/Rodríguez).

274. PUIGELIER, C.: «Conséquences de la non-réalisation de la vente par acte authentique avant la date limite», *SJ*, 1993, núm. 17, II, 22032, pp. 145-149.1.

Comentario a la sentencia del tribunal de Aix-en-Provence, sección 1.^a A., de 4 de julio de 1991, sobre caducidad de una promesa de venta. (Aranda/Sierra).

275. REGINE, F.: «L'arbitrato irrituale», *LGCC*, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte segunda, pp. 78-97.

Naturaleza, disciplina e impugnación de dicha figura jurídica. (A.R.G.).

276. REICHARD, I.: «*Negotium alienum* und ungerechtfertigte Beriecherung», en *ACP*, 1993, pp. 567-602.

El autor destaca como elemento característico de la gestión de negocios ajenos sin mandato el factor subjetivo, o la voluntad de gestionar asuntos de otro. Su estudio se centra en la norma contenida en el párrafo 687.2 BGB, que aplica normas de la *negotiorum gestio*, en materia de responsabilidad, a la gestión emprendida en interés propio sobre asuntos que se sabe son ajenos, poniendo de manifiesto el origen de la norma y su entronque con los principios que presiden el enriquecimiento injusto. (I.G.P.).

277. RICCERI, F.: «Le clausole di gradimento», *LGCC*, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte segunda, pp. 140-167.

Análisis de la validez, límites de la validez y efectos de tal tipo de cláusulas. Moderna orientación de la jurisprudencia de casación. (A.R.G.).

278. RICCI, Edoardo F.: «Sulla nullità di clausole contrattuali prevista dalla legge 17 febbraio 1992, n. 154», *RTDPC*, 1993, 3, p. 759.

Se analiza la Ley de 17 de febrero de 1992, n. 154, relativa a las normas para la transparencia de las operaciones y de los servicios bancarios y financieros. (Díez-Picazo/Rodríguez).

279. LA ROCCA, Gioacchino: «Contratto preliminare di vendita e giurisprudenza: Riflessioni critiche (Nota a cass. 8 luglio 1993, n. 7481)», *FI*, 1993, 9, p. I-2457.

Se estudia el caso en el que siendo varios los copropietarios, sólo uno de ellos es parte en el contrato preliminar de compraventa del bien. (Díez-Picazo/Rodríguez).

280. ROMANO, Giovanni: «Ancora su pactum de non petendo e insolvenza-Nota a Cass. 11 aprile 1992, n. 4463», *GC* 1993, 4, p. I-1031. (Díez-Picazo/Rodríguez).

281. SALA, Marco: «Contratti atipici vitalizi a titolo oneroso e risouzione per inadempimento-Nota a Cass. 30 gennaio 1992, n. 1019», *GC*, 1993, 4, p. I-1054. (Díez-Picazo/Rodríguez).

282. SALVESTRONI, Umberto: «Azione illecita e danno ingiusto», *CI*, 1993, 1, p. 255.

Actualiza las líneas doctrinales y jurisprudenciales de la responsabilidad civil extracontractual y sus presupuestos. (Díez-Picazo/Rodríguez).

283. SANTOSUOSSO, G.: «Il diritto di ripensamento nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali dell'imprenditore», *LGCC*, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte primera, pp. 128-133.

Comentario a la sentencia de la Pretura de Rho de 14-11-1991. Posible admisión del desestimiento unilateral del contrato objeto de estipulación fuera de los locales comerciales del empresario, en virtud de la presunción de un estado de inferioridad del adquirente. (A.R.G.).

284. SASSANI, Bruno: «L'azione di accertamento della gravità dell'inadempimento del prestatore di lavoro-nota a Cass. 26 maggio 1993, n. 5889», *GC*, 1993, 11, p. I-2666. (Díez-Picazo/Rodríguez).

285. SCALISI, A.: «Il consenso del paziente al trattamento medico», *DFP*, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte primera, pp. 441-463.

Nota a la resolución de la Corte de Casación de 13 de mayo de 1992, n. 5639. Falta de notificación previa al paciente o a los familiares de los verdaderos riesgos de la intervención quirúrgica y de las modalidades técnicas empleadas. Ausencia de necesidad y urgencia terapéuticas justificadoras de tal tipo de operación. (A.R.G.).

286. SCTECKLER, B.: «Das Produkthaftungsrisiko in Rahmen von Just-in-time Lieferbeziehungen», BB, 1993, pp. 1225-1231.

El riesgo de responsabilidad por los productos en el marco de unas relaciones de suministro «just in time». (M.P.G.R.).

287. SCHAPP, J.: «Probleme der Reform des Leistungsstörungenrecht», JZ, 1993, pp. 637-643.

La Comisión para la reforma del Derecho de Obligaciones ha presentado su informe final en 1992. Propone una modificación fundamental de todo el régimen de la responsabilidad contractual. El punto central del sistema lo coloca en el concepto de incumplimiento (Pflichtverletzung). El autor de este artículo se muestra crítico con la productividad de esta concepción y se hace dos preguntas; la primera, si cualquier desviación del deber de prestación se puede considerar como propio incumplimiento; la segunda, si la dogmática alemana dispone de un concepto general de incumplimiento con el que poder acometer una reforma del Derecho de Obligaciones o si simplemente se trata de una nueva tipificación de los mismos supuestos de hecho. (M.P.G.R.).

288. SCHLUND, G. H.: «Juristische Aspekte bei der Kapitalisierung von Renten und Unterhaltsansprüchen», BB, 1993, pp. 2025-2030.

El artículo trata de los derechos de renta y alimentos que pueden nacer para el dañado como consecuencia de un accidente, así como sobre las modalidades de capitalización de tales derechos. (M.P.G.R.).

289. SESTA, Michele: «Contratto a favore di terzo e trasferimento dei diritti reali», RTDPC, 1993, 4, p. 953.

Recorre el autor la doctrina y jurisprudencia reciente sobre el régimen de los contratos en favor de tercero y especialmente el tema de su eficacia real. (Díez-Picazo/Rodríguez).

290. SINKONDO, M. H.: «La notion de contrat administratif: acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration», RTDC, 1993, núm. 2 (abril-junio), pp. 239-262.

Análisis de la noción de acto administrativo. La Administración como parte del contrato y el acuerdo de voluntades. Sometimiento de la Administración a la ley del contrato. Derechos de los contratantes. (Aranda/Sierra).

291. SLAPNICAR, KW./WIEGELMANN, R.: «Neue Sicherheiten für den Bauhandwerker», NJW, 1993, pp. 2903-2909.

Con la 109 Ley de modificación del BGB de 27-4-1993, para la seguridad en la construcción, no han sido únicamente modificadas formulaciones prácticas de algunas normas satélites del BGB, como la Ley de crédito al consumo o la Ley de contratos a distancia, sino que la relevancia de los artículos de la nueva ley, ha alcanzado al BGB. El presente trabajo aclara las nuevas normas y expone su relación con el Derecho vigente. (M.P.G.R.).

292. SONNENSCHNEIN, J./WEITEMEYER, B.: «Zur Duldungspflicht des Mieters bei Modernisierungsmaßnahmen», JZ, 1993, pp. 623-629.

Comentario a la decisión del BHG de 19-2-1992, en la que el tribunal se pregunta bajo qué presupuestos el inquilino tiene un deber de soportar las medidas para la conservación del inmueble llevadas a cabo por el arrendador en aplicación del § 541 b del BGB. (M.P.G.R.).

293. SONNENSCHNEIN, J./WEITEMEYER, B.: «Rückerstattung und Verjährung preisrechtswidriger Mietzahlungen», NJW, 1993, pp. 2201-2206.

Restitución y prescripción de las rentas con precio superior al legal en las viviendas de promoción pública. (M.P.G.R.).

294. SOULEZ LARIVIERE, D.: «Le déplaçonnement du loyer du bail commercial et la modification des caractéristiques des lieux loués», GP, 1993, núms. 85-86, pp. 6-8.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación, sección 3.^a de lo civil, de 14 de octubre de 1992. (Aranda/Sierra).

295. STEINMETZ, F.: «L'acquéreur, le vendeur, le prêteur et la condition suspensive de l'obtention du prêt (loi du 13 juillet 1979)», RDI, 1993, núm. 3, pp. 305-311.

El autor analiza el desarrollo que tras la aplicación de la Ley de 13 de julio de 1979 se ha dado, a través de las decisiones jurisprudenciales, a la condición suspensiva de la obtención de préstamo: aspecto temporal y decisión del comprador. (Aranda/Sierra).

296. STELLA, G.: «La mora del creditore», LGCC, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte segunda, pp. 107-139.

Presupuestos de la mora accipiendi. Significado de la expresión normativa «motivo legítimo» del art. 1206 c.c. Efectos de la mora accipiendi previstos por el art. 1207 c.c. Los procedimientos legales para la liberación coactiva del deudor (depósito y secuestro). Oferta no formal; oferta de la prestación por el art. 2932.2 c.c. Procedimientos simples de constitución en mora del acreedor. La mora del acreedor en la relación de trabajo. (A.R.G.).

297. STELLA RICHTER, Elena: «Condizioni generali di contratto, capitolati d'oneri e negozio per relationem-nota a Cass. 8 agosto 1992, n. 9392», GC, 1993, 7-8, p. 1-1880. (Díez-Picazo/Rodríguez).

298. TANDONNET-GENCY, D.: «La responsabilité de l'organisateur de voyages», GP, 1993, núms. 115-117, pp. 8-12.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, sección 1.^a, de 29 de enero de 1991, sobre responsabilidad de una agencia de viajes por los actos cometidos por otras empresas con las que ha contratado. Responsabilidad «in vigilando». (Aranda/Sierra).

299. TANGUY, Y.: «Une surprise tardive: le réformé de l'urbanisme commercial», RDI, 1993, núm. 1, pp. 1-24.

Comentario sobre la oportunidad y el contenido de la Ley núm. 93-122, relativa a la prevención de la corrupción y a la transparencia de la vida económica y de los procedimientos públicos. (Aranda/Sierra).

300. TANINI, M.: «Garanzia per vizi nella compravendita di autoveicoli», LGCC, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte primera, pp. 133-140.

Anotaciones a la sentencia de casación civil de 23-12-1991 n. 13986 sobre la asunción de garantía, por parte de un sujeto diverso del vendedor, por vicios de la cosa vendida. (A.R.G.).

301. TASSONE, Stefania: «Sulla legittimazione ad agire dei consorci per l'uso delle acque e sulla responsabilità del cessionario di acque pubbliche per violazione di diritti di utenze preesistenti- Nota a Cass. sez un., 18 marzo 1992, n. 3353», GC, 1993, 1, p. 1-182. (Díez-Picazo/Rodríguez).

302. TASSONE, Stefania: «Risarcibilità dell'interesse legittimo e problemi di giurisdizione-nota a Cass. sez.un., 14 gennaio 1992, n. 367», GC, 1993, 5, p. I-1313. (Díez-Picazo/Rodríguez).

303. TAUPITZ, J.: «Staatshaftung gegenüber leichtfertigen Urlaubern im Konkurs des Reiseveranstalters?», BB, 1993, pp. 2169-2172.

El autor se plantea la posible responsabilidad del Estado frente al turista negligente que ha sufrido daños en el curso del viaje, en caso de que se haya declarado el concurso de la agencia de viajes, al no haber desarrollado el Estado alemán la Directiva de 13-6-90 de viajes combinados. (M.P.G.R.).

304. TEICHMANN, A.: «Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Reiserecht von 1986 bis 1993», JZ, 1993, pp. 823-829 y 990-995.

Desarrollo de la jurisprudencia alemana sobre el contrato y el Derecho de viajes de 1986 a 1993. (M.P.G.R.).

305. TESTU, F. X.: «Le juge et le contrat d'adhésion», SJ, 1993, núm. 18, I, 3673, pp. 197-205.

Cuestiones judiciales sobre los contratos de adhesión: interpretación favorable al adherente; control sobre el consentimiento; interpretación sobre las normas legales; protección contra las cláusulas abusivas; la buena fe; etcétera. (Aranda/Sierra).

306. THIEFFRY, P.: «La responsabilité civile du polluer: les projets communautaires et la convention du Conseil de l'Europe», GP, 1993, núms. 216-217, pp. 2-8 y 25-29.

Estudio sobre una futura directiva comunitaria en la materia. Campo de aplicación; condiciones de la responsabilidad (responsabilidad objetiva); daños reparables; etc. (Aranda/Sierra).

307. DE TILLA, Maurizio: «Sulla permuta di un bene esistente con un bene futuro- Nota a Cass. 24 gennaio 1992, n. 811», GC, 1993, 1, p. I-240. (Díez-Picazo/Rodríguez).

308. DE TILLA, Maurizio: «Il consulente tecnico nella elaborazione giurisprudenziale», GC, 1993, 2, p. II-61.

Trata de perfilar la figura del asesor técnico como auxiliar del juez, su intervención en el proceso, sus funciones y régimen jurídico. (Díez-Picazo/Rodríguez).

309. DE TILLA, Maurizio: «Sui criteri per individuare il contratto di mediazione-Nota a Cass. 17 gennaio 1992, n. 530», GC, 1993, 3, p. I-760. (Díez-Picazo/Rodríguez).

310. DE TILLA, Maurizio: «Sul pagamento anticipato del canone ed altre questioni in tema di abrogazione, ex art. 84 legge 392 del 1978, delle disposizioni del codice civile e della legislazione speciale- Nota a Cass. 25 maggio 1992, n. 6247», GC, 1993, 4, p. I-1014. (Díez-Picazo/Rodríguez).

311. DE TILLA, Maurizio: «Sull'applicazione dell'art. 1489 c.c. in relazione all'esistenza sull'immobile promesso in vendita o venduto, di vincoli storici, archeologici ed urbanistici- Nota a Cass. 3 febbraio 1992, n. 1114 e Cass. 10 luglio 1991, n. 7639», GC, 1993, 4, p. I-1044. (Díez-Picazo/Rodríguez).

312. DE TILLA, Maurizio: «Sulla nullità della clausola che accolla al conduttore la ordinaria manutenzione ed altre questioni- Nota a Cass. 17 ottobre 1992, n. 11401», GC, 1993, 5, p. I-1230. (Díez-Picazo/Rodríguez).

313. DE TILLA, Maurizio: «Sul recesso del conduttore-nota a Cass. 20 ottobre 1992, n. 11466», GC, 1993, 6, p. I-1552. (Díez-Picazo/Rodríguez).

314. DE TILLA, Maurizio: «Sulla posizione del conduttore e sul corrispettivo dovuto dopo la cessazione del rapporto di locazione- nota a Cass. 13 luglio 1992, n. 8499», GC, 1993, 6, p. I-1595. (Díez-Picazo/Rodríguez).

315. DE TILLA, Maurizio: «Sulla responsabilità del locatore e del conduttore per danni a terzi-nota a Cass. 28 maggio 1992, n. 6443», GC, 1993, 7-8, p. I-1917. (Díez-Picazo/Rodríguez).

316. DE TILLA, Maurizio: «Sulla solidarietà dei condomini per le obbligazioni contratte dal condominio-nota a Cass. 17 aprile 1993, n. 4556», GC, 1993, 11, p. I-2684. (Díez-Picazo/Rodríguez).

317. DE TILLA, Maurizio: «Sulla destinazione della cosa comune-nota a Cass. 20 febbraio 1992, n. 2084», GC, 1993, 11, p. I-2813. (Díez-Picazo/Rodríguez).

318. TIMM, W.: «Mehrfachvertretung im Konzern», en ACP, 1993, pp. 423-452.

El párrafo 181 BGB establece la prohibición general del autocontrato. El autor examina la aplicación de esta norma a las relaciones internas en el seno de los grupos de empresas o sociedades. (I.G.P.).

319. TOMASIN, D.: «Agents immobiliers», RDI, 1993, núm. 1, pp. 92-100.

Notas a diversas sentencias sobre la actividad de los agentes inmobiliarios en el ámbito reglamentario, con atención particular a los contratos realizados mediante su intervención y la responsabilidad en que dichos agentes pueden incurrir. (Aranda/Sierra).

320. TOMASIN, D.: «Agents immobiliers», RDI, 1993, núm. 2, pp. 234-238.

Notas a diversas sentencias sobre la actividad de los agentes inmobiliarios. Los contratos celebrados mediante estos agentes (mandatarios); su gestión y su responsabilidad. (Aranda/Sierra).

321. TOMASIN, D.: «Agents immobiliers», RDI, 1993, núm. 3, pp. 392-394.

Comentarios a sentencias sobre la actividad del agente inmobiliario y los contratos por él realizados. (Aranda/Sierra).

322. TORIELLO, F.: «Osservazione sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri ai sensi della Convenzione di New York del 10-6-58», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 672-686.

Comentario a la sentencia de casación civil de 10-11-1992 n. 12093 en materia de laudos arbitrales extranjeros. (A.R.G.).

323. TRAVERSO, M. C.: «Dichiarazioni recettizie e presunzione di conoscenza», LGCC, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte primera, pp. 345-351.

Comentario a la sentencia de casación civil de 30-3-1992 n. 3908 en materia de declaraciones inherentes a la formación de los contratos. (A.R.G.).

324. TRIOLA, Roberto: «In tema di rapporti tra domanda di risoluzione e domanda di adempimento-Nota a Cass. 9 giugno 1992, n. 7085», GC, 1993, 5, p. I-1264. (Díez-Picazo/Rodríguez).

325. TULLIO, Antonio: «Ad impossibilia nemo tenetur (Nota a margine della richiesta di una prova impossibile del danno)-Nota a Trib. Roma 5 novembre 1992», GC, 1993, 4, p. I-1087. (Díez-Picazo/Rodríguez).

326. ULIESCU, M.: «La responsabilité pour les dommages écologiques», RIDC, 1993, núm. 2, pp. 387-394.

El autor estudia tanto la responsabilidad civil como la responsabilidad penal y los medios de reparación de los daños, con base en la declaración de Río de 1992. Todo el estudio está enfocado desde la perspectiva del Derecho rumano. (Aranda/Sierra).

327. UNGEHEUER, Ch.: «Zur verschuldensunabhängigen Haftungserweiterung durch AGB-Klausel», JZ, 1993, pp. 629-633.

Comentario a la decisión del BGH de 23-4-91, cuyo objeto es una cláusula general contenida en un contrato-tipo de arrendamiento de un local de negocio que imponía al arrendatario la responsabilidad por los daños que no fueran causados por él en la medida en que normalmente, tales daños podían ser asegurados. El BGH considera que tal cláusula es abusiva por contradecir el pensamiento general del Derecho civil que establece el principio de responsabilidad y el dominio del riesgo. (M.P.G.R.).

328. VERET, D.: «Comentario a la sentencia de la Corte de apelación de París, sección 25, de 13 de marzo de 1992, sobre venta de material informático», GP, 1993, núms. 20-21, pp. 20-24.

El Tribunal delimita la frontera entre la garantía del vendedor y la responsabilidad del servicio de mantenimiento. El servicio de mantenimiento debe descubrir los vicios ocultos eventuales del material. (Aranda/Sierra).

329. VETTORI, Giuseppe: «Accordi “amministrativi” e contratto», CI, 1993, 2, p. 518.

Analiza la aplicación de los principios del código civil italiano en materia de obligaciones y contratos en Ley de reforma del procedimiento administrativo (7 de agosto de 1990, n. 24) cuando disciplina los acuerdos entre los particulares y la Administración Pública. (Díez-Picazo/Rodríguez).

330. VIDIRI, Guido: «Sulla forma scritta di contratto di lavoro sportivo-nota a Trib. Perugia 21 maggio 1993», GC, 1993, 11, p. I-2839. (Díez-Picazo/Rodríguez).

331. VINEY, G.: «Chronique d'actualité: Responsabilité civile», SJ, 1993, núm. 13, I, 3664, pp. 144-150.

Notas sobre diversos temas de responsabilidad civil: diferencia entre responsabilidad contractual y responsabilidad delictiva; protección; la responsabilidad de diversas personas; prueba de las condiciones de responsabilidad; reparación del daño; etc. (Aranda/Sierra).

332. DE VITTIS, Salvatore: «Brevi riflessioni in merito alla struttura del c.d. contratto autonomo di garanzia-nota a Cass. 18 novembre 1992, n. 12341», GC, 1993, 6, p. I-1540. (Díez-Picazo/Rodríguez).

333. VITUCCI, P.: «Autonomia privata, onere della "assistenza" delle associazioni, accordi "in deroga" a norme imperative», RDC, 1993, núm. 3.º, parte primera, pp. 326-344.

Nuevas técnicas de protección del contratante débil y reducción del ámbito de aplicación de las normas imperativas: asistencia de las asociaciones como condición para la validez del acuerdo de derogación de normas imperativas. (A.R.G.).

334. WENZEL, F.: «Keine Anwendbarkeit des Haustürgeschäftewiderrufgesetzes auf Bürgschaften», NJW, 1993, pp. 2781-2785.

La cuestión de la aplicabilidad de la Ley alemana de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (Haustürgeschäftewiderrufgesetz) a los contratos de fianza, ha preocupado a la jurisprudencia alemana de los últimos años que se ocupa de la protección del consumidor. Finalmente este tema ha adquirido una dimensión europea, merced a la cuestión planteada por el LG de Kleve al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (NJW, 1993, p. 472). El presente artículo se muestra crítico con esta situación y con la correspondiente jurisprudencia del BGH, para negar finalmente su relevancia práctica y la consiguiente aplicabilidad de la HausTWG a la fianza. (M.P.G.R.).

335. WERTHEIMER, F.: «Der Gläubigerverzug im System der Leistungsstörungen», JUS, 1993, pp. 646-651.

La mora del acreedor en el sistema de responsabilidad contractual. El autor del presente trabajo considera que las normas relativas a la mora del acreedor de los §§ 238 y ss. del BGB, raramente resultan aplicables de forma aislada. Es mucho más frecuente que las cuestiones de mora del

acreedor sean objeto de controversia en relación con otros temas de responsabilidad contractual, lo que presupone para la comprensión de las reglas de la mora el conocimiento en primer lugar de las normas de dicha responsabilidad. (M.P.G.R.).

336. WHINCUP, M.: «Risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale nel diritto inglese», RDC, 1993, núm. 1.º, parte prima, pp. 111-132.

Artículo basado en una lección del autor en la Universidad de «La Sapienza» en Roma el 10 de mayo de 1991. Análisis del remedio principal adoptado por el Common Law en los casos de incumplimiento contractual, solución diversa a la existente en los sistemas de Civil Law. Las cortes inglesas estiman la reparación de los daños por medio de cantidades dinerarias como sustituto equivalente al cumplimiento de un contrato. (A.R.G.).

337. WIEDERKEHR, G.: «Le tiers cocontractant qui a participé à la simulation ne peut se prévaloir de l'acte ostensible contre le prête-nom», SJ, 1993, núm. 2, II, 21982, pp. 19-20.

Comentario a la sentencia de Casación civil, sección 3.ª, de 8 de julio de 1992, sobre contrato de venta simulada para obtener un préstamo. (Aran-da/Sierra).

338. ZACCARIA, Alessio: «La responsabilità del "produttore" di software», CI, 1993, 1, p. 294.

Explica la especial responsabilidad del productor de un software defectuoso y del daño resarcible como subtipo de la responsabilidad general del fabricante. (Diez-Picazo/Rodríguez).

339. ZAMPOLLI, Antonella: «Come rispondere di scelte che non si possono fare: sul concorso di colpa del danneggiato incapace (Osserv. a Cass. 7 marzo 1991, n. 2384)», FI, 1993, 6, p. I-1974.

Comentario a la sentencia de la casación de 7 de marzo de 1991, n. 2384, en la que se estima concurso culposo del lesionado (por retrasar la consulta médica) con el daño sufrido a consecuencia de un error en el diagnóstico. (Diez-Picazo/Rodríguez).

340. ZUCCONI GALLI FONSECA, Elena: «Riflessioni sulla sospensione dell'esecuzione della sentenza arbitrale», RTDPC, 1993, 1, 385.

La autora critica en este estudio los pronunciamientos que la Corte de Apelación de Bolonia, durante el año 1991, ha realizado sobre los proce-

dimientos de impugnación de los laudos arbitrales, en los que sólo excepcionalmente se ha suspendido la ejecución de los mismos. (Díez-Picazo/Rodríguez).

5. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

341. AGLAÉ, M.-J.: «*Division en volumes et propriété privée sur la domaine public*», RDI, 1993, núm. 3, pp. 313-334.

El autor destaca que el principio de la división en volúmenes y la superposición de propiedades privadas y de dominio público son unánimemente aceptados y valora la argumentación doctrinal y jurisprudencial. Posteriormente, entra en el estudio de la evolución histórica. (Aranda/Sierra).

342. ALAMOWITCH, S.: «*Droit de personnalité et exploitation de l'oeuvre audiovisuelle. Aspects de droit français et de droit international privé*», GP, 1993, núm. 300-301, pp. 3-7.

Relación jurídica entre el productor y el autor de una obra. Evolución de los derechos y obligaciones del productor frente al derecho moral de autor. (Aranda/Sierra).

343. ALESSANDRI, N.: «*La legge sul diritto d'autore ed il fenomeno dei libri saggi*», Dir. Aut. 1993, núm. 2, pp. 201-216.

Necesidad de tutelar a los editores ante el fenómeno reciente del comercio ilegal, por parte de ciertas librerías, de las copias de libros escolares que los propios editores distribuyen de modo gratuito a los profesores de escuela para su documentación e información. Las normas aplicables son las del derecho de autor y las que regulan la competencia desleal (Art. 2598 c.c.). (A.R.G.).

344. ANGELONI, Franco: «*Trascrizione della donazione con riserva di usufrutto e registri immobiliari meccanizzati*», CI, 1993, 2, p. 823.

Se ocupa de los problemas jurídicos y registrales que surgen a raíz del contrato de donación con reserva de usufructo. El autor ofrece tres posibles soluciones: 1) Necesidad exclusivamente de inscribir la donación. 2) Necesidad de inscribir la donación haciendo mención a la reserva de usufructo. 3) Efectuar una doble inscripción. (Díez-Picazo/Rodríguez).

345. ATZORI, M.: «*Compatibilità tra conversione del pignoramento e garanzia ipotecaria. Legittimazione del debitore non proprietario a chiedere la conversione del pignoramento. Il credito fondiario fa*

le sue ultime vittime?», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 665-671.

Comentario a la sentencia de casación civil de 4-11-1992 n. 11951 en materia de créditos inmobiliarios. (A.R.G.).

346. BEAVIARD/MORAND: «Frais de recouvrement de charges de copropriété impayées», GP, 1993, núm. 272-273, pp. 2-4.

Lagunas de reglamentación sobre las cláusulas relativas a la carga de soportar los gastos imprecisos y los gastos de la comunidad. El copropietario no pagador. (Aranda/Sierra).

347. BENINI, Stefano: «Sulla liceità del possesso di oggetti archeologici da parte di privati (Nota a Cass. 4 febbraio 1993, Gentili e App. Firenze 14 aprile 1992)», FI, 1993, 11, p. II-632.

Se desarrolla el tema de la naturaleza y régimen jurídico de los bienes de interés arqueológico y la sanción penal correspondiente por su posesión, porque se estima que existe una reserva de propiedad de estos bienes a favor del Estado italiano. (Díez-Picazo/Rodríguez).

348. BERGEL, J.-L.: «Propriété et droits réels», RDI, 1993, núm. 1, pp. 51-54.

Comentarios a diversas sentencias en materia del derecho de propiedad y derechos reales sobre cosa ajena. (Aranda/Sierra).

349. BERGEL, J.-L.: «Propriété et droits réels», RDI, 1993, núm. 2, pp. 193-197.

Anotaciones a diversas sentencias sobre el derecho de propiedad y otros derechos reales. Su adquisición y protección jurídica. (Aranda/Sierra).

350. BERGEL, J.-L.: «Propriété et droits réels», RDI, 1993, núm. 3, pp. 245-348.

Comentarios a varias sentencias sobre usufructo, adquisición de la propiedad y de otros derechos reales. (Aranda/Sierra).

351. BERNARD, A.: «Expropriation pour cause d'utilité publique», SJ, 1993, núm. 11, I, 3658, pp. 118-122.

Estudio jurisprudencial de la expropiación forzosa. (Aranda/Sierra).

352. BERTRAND, A.: «Chronique de propriété intellectuelle», GP, 1993, núms. 45-47, pp. 2-16.

Los derechos de autor, el desarrollo comunitario de los principios generales en que se apoya. Derechos fronterizos con el derecho de autor. La organización administrativa y profesional relativas a la propiedad industrial. Diseños y modelos: las marcas. Protección de los inventores y de los conocimientos técnicos, y la explotación de los derechos de la personalidad. (Aranda/Sierra).

353. CALABI, G.: «Il diritto alla serialità: dalla legge sul diritto d'autore alla tutela brevettuale», Dir. Aut. 1993, núm. 3, pp. 391-413.

Interés del editor en utilizar el título de un periódico de éxito, destinado a una determinada categoría de lectores, para publicar posteriores revistas dirigidas a otra categoría de lectores. (A.R.G.).

354. CALOGERO, M.: «Ancora sull'occupazione acquisitiva», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 694-719.

Comentario a las sentencias de casación civil de 8-10-1992 n. 10979 y 25-11-1992 n. 12546. Expropiación en virtud de interés público y ocupación adquisitiva de la Administración. (A.R.G.).

355. CANDIAN, Albina: «Pubblico e privato nella conformazione della proprietà immobiliare: appunti di diritto comparato», RTDPC, 1993, 1, p. 177.

Se intenta determinar la influencia que el Derecho alemán y el francés han tenido en la tradicional distinción entre derecho público y derecho privado, especialmente en lo referente a la propiedad de los bienes inmuebles. (Díez-Picazo/Rodríguez).

356. CAPOULADE/GIVERDON: «Copropriété et ensembles immobiliers», RDI, 1993, núm. 1, pp. 115-137.

Comentarios a diversas sentencias en materia de propiedad horizontal: partes privativas y partes comunes; derechos y obligaciones de los copropietarios; obligaciones colectivas de la comunidad; organización colectiva de la copropiedad. (Aranda/Sierra).

357. CAPOULADE/GIVERDON: «Copropriété et ensembles immobiliers», RDI, 1993, núm. 2, pp. 252-274.

Notas a varias sentencias sobre copropiedad y propiedad horizontal. Diferencias entre partes privativas y partes comunes; derechos y obligaciones de los copropietarios; obligaciones de la comunidad. (Aranda/Sierra).

358. CAPOULADE/GIVERDON: «Copropriété et ensembles immobiliers», RDI, 1993, núm. 3, pp. 406-432.

Comentarios a sentencias sobre partes privativas y partes comunes; derechos y obligaciones de los comuneros; órganos de la comunidad; mejoras; etcétera (Aranda/Sierra).

359. CARANTA, Roberto: «Sulla inefficacia sopravvenuta dei vincoli di piano regolatore e sulla valutazione del bene illegittimamente occupato-osservazione a Cass. 30 gennaio 1992, n. 967», GC, 1993, 10, p. I-2510. (Díez-Picazo/Rodríguez).

360. CASELLA, G.: «La doppia alienazione immobiliare: un dibattito sempre aperto», RDC, 1993, núm. 5, parte segunda, pp. 517-541.

Problema de la doble venta de inmuebles. Función de la inscripción. Protección del primer adquirente, que inscribe. Naturaleza de la responsabilidad del segundo adquirente y tutela del primer comprador. (A.R.G.).

361. CAVALIERI, Alessandro: «Ipoteca concessa dal rappresentante a garanzia del debito di un terzo: conflitto di interessi-Nota a Cas. 7 aprile 1992, n. 4257», GC, 1993, 3, p. I-736. (Díez-Picazo/Rodríguez).

362. CIFARELLA, G.: «Animali selvatici, caso fortuito e occupazione», LGCC, 1993, núm. 4 (julio-agosto), parte primera, pp. 537-546.

Comentario a la resolución de casación civil de 29-8-92 n. 9990. Adquisición por ocupación de animales salvajes y ejercicio irregular de la caza. (A.R.G.).

363. COLLOVA, T.: «Analisi comparativa della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei paesi europei (parte seconda)», Dir. Aut., núm. 2, 1993, pp. 151-189.

Obligación de pago de una compensación a que están sujetos los aparatos de registro audiovisual destinados a la reproducción privada para uso

personal. Límites subjetivos y objetivos de tal compensación y base para su cálculo. (A.R.G.).

364. COLLOVA, T.: «Analisi comparativa della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei paesi europei (parte terza)», *Dir. Aut.*, 1993, núm. 3, pp. 323-390.

Análisis del procedimiento de gestión para la cobranza, distribución y reparto del derecho de compensación derivado de la reproducción de copias privadas. Organismo de la gestión y sujetos beneficiarios. Propuestas para la armonización de las diversas legislaciones en sede comunitaria. (A.R.G.).

365. COLLOVA, T.: «La televisione culturale europea. Dalla francese La Sept al Geie franco-tedesco Arte», *Dir. Aut.*, 1993, núm. 4, pp. 597-631.

Consecuencia de la existencia de redes privadas comerciales en relación con la organización del monopolio público de la radiotelevisión, tanto en los países de la Europa Comunitaria como en otros diversos (nórdicos y del Este). Falta de desarrollo normativo. (A.R.G.).

366. CONTALDO, A.: «La disciplina della TV via cavo in Italia e l'esperienza normativa in USA, Gran Bretagna e Francia», *Dir. Aut.*, 1993, núm. 2, pp. 217-241.

Novedades fundamentales aportadas por el Decreto Legislativo de 22 de febrero de 1991, n. 73 en materia de telecomunicaciones (CATV). Existencia de normativas muy desarrolladas sobre la televisión por cable en otros países (USA, Gran Bretaña y Francia) frente al desinterés mostrado en Italia hacia los últimos adelantos tecnológicos. (A.R.G.).

367. CORSARO, L.: «La novella 353/90 ed il sequestro a difesa del diritto di autore», *Dir. Aut.* 1993, núm. 3, pp. 467-470.

Conservación y compatibilidad de la reglamentación especial de la tutela cautelar del derecho de autor (secuestro) tras la reforma procesal general introducida por la Ley 353/1990, de 26 de noviembre. (A.R.G.).

368. CHIANALE, A.: «Ipoteca», *RDC*, 1993, núm. 4.º, parte segunda, pp. 503-516.

Publicidad constitutiva, accesoriedad y especialidad. Objeto de la hipoteca. Intereses del crédito hipotecario. Clases de hipotecas (voluntaria, testamentaria, de garantía de obligaciones a la orden o al portador, legal, judicial). Reducción y extinción de la hipoteca. Hipoteca y quiebra. (A.R.G.).

369. CHINÉ, Giuseppe: «Brevi cenni in tema di occupazione appropriativa: modo di acquisto anche di servitù pubbliche-Nota a Cass. 23 marzo 1992, n. 3573», *GC*, 1993, 1, p. I-175. (Díez-Picazo/Rodríguez).

370. DASCOLA, Pasquale: «Le associazioni di proprietari ed inquilini nel passaggio dal equo canone alla libera locazione (Nota a Corte cost. 21 luglio 1993, n. 323 e Pret. Bologna, ord. 8 settembre 1993)», *FI*, 1993, 10, p. I-2767.

Se comenta la nueva Ley 447/1992 sobre arrendamientos urbanos, que trata de resolver los problemas a que ha dado lugar la aplicación de la famosa Ley 392/1978 del equo canone. (Díez-Picazo/Rodríguez).

371. DELAVAL, D.: «Le projet de directive relatif à la protection juridique des bases de données ou l'adaptation du droit d'auteur au traitement de l'information», *GP*, 1993, núms. 20-21, pp. 8-14.

El autor analiza este proyecto destacando en primer lugar la adaptación del derecho de autor a la especificación de la base de datos. En segundo lugar, la disposición específica de las derogaciones tradicionalmente hechas a los derechos de autor. (Aranda/Sierra).

372. DELEBECQUE/SIMLER: «Sûretés immobilières - Publicité foncière et saisie immobilière», *RDI*, 1993, núm. 1, pp. 109-114.

Comentarios a varias sentencias sobre hipoteca. (Aranda/Sierra).

373. DELEBECQUE/SIMLER: «Sûretés immobilières - Publicité foncière et saisie immobilière», *RDI*, 1993, núm. 2, pp. 248-252.

Comentarios a varias sentencias sobre garantías inmobiliarias. La publicidad registral y el embargo. (Aranda/Sierra).

374. DELEBECQUE/SIMLER: «Sûretés immobilières - Publicité foncière et saisie immobilière», *RDI*, 1993, núm. 3, pp. 402-405.

Comentarios jurisprudenciales sobre la hipoteca, privilegios inmobiliarios y embargo. (Aranda/Sierra).

375. DELGA, J.: «Disponibilité d'un immeuble grevé d'une hypothèque judiciaire conservatoire et droits du créancier au regard notam-

ment de la législation nouvelle du 9 juillet 1991 applicable au 1^{er} janvier 1993», GP, 1994, núms. 19-20, pp. 2-8.

Análisis del problema partiendo de las soluciones legales, judiciales y doctrinales anteriores a la Ley de 1991. La solución legal dada por la Ley de 1991. Problemas temporales de aplicación de la Ley de 1991. (Aran-da/Sierra).

376. DEPENHEUER, O.: «Der Mieter als Eigentümer?», NJW, 1993, pp. 2561-2564.

El autor del presente artículo somete a una fuerte crítica la decisión del BVerf G. de 26-5-1993 (NJW, 1993, pp. 2035 ss.), según la cual el derecho de ocupación de su vivienda del arrendatario cae bajo la garantía constitucional del derecho de propiedad. (M.P.G.R.).

377. DITTA, E.: «Nuovi orientamenti in tema di eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici», LGCC, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte primera, pp. 335-344.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Foggia de 29-6-1991 respecto a la instalación de un ascensor por algunos de los copropietarios de un piso. (A.R.G.).

378. DITTA, E.: «Vendita di unità abitativa e diritto d'uso dell'acquirente sugli spazi di parcheggio», LGCC, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte primera, pp. 23-30.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Chiavari de 10 de septiembre de 1991 en relación a la reserva de espacios y aparcamientos en las nuevas construcciones. (A.R.G.).

379. DOGLIOTTI, Massimo-FIGONE, Alberto: «Posti auto e regime condominiale», RTDPC, 1993, 4, p. 1133.

Continúan los autores con el debate abierto desde hace tiempo en la doctrina y jurisprudencia italiana sobre el régimen jurídico aplicable a los espacios o plazas de aparcamiento. (Díez-Picazo/Rodríguez).

380. FABIANI, M.: «La protezioni giuridica dell'artista interprete o esecutore (legislazione italiana- Convenzione internazionale di Roma-Direttiva CEE)», Dir. Aut., 1993, núm. 2, pp. 190-200.

Preocupación actual por la protección del artista intérprete o ejecutor frente a las apropiaciones por terceros de su interpretación o ejecución de

obras dramáticas o musicales. Interferencia de tal protección con la tutela del derecho del autor. (A.R.G.).

381. FABIANI, M.: «Diritto di autore e diritto dell'editore contro l'illecita riproduzione di opere a stampa», *Dir. Aut.* 1993, núm. 4, pp. 668-671.

Nota a la sentencia de la Pretura de Bolonia de 29 de septiembre de 1993. (A.R.G.).

382. FABIANI, M.: «La sfida delle nuove tecnologie ai diritti degli autori», *Dir. Aut.* 1993, núm. 4, pp. 519-533.

Impacto de las nuevas tecnologías sobre la disciplina del derecho de autor (tecnología digital y registro y reproducción de la obra, reprografía de obras de prensa, coloración de obras cinematográficas, satélites de radiodifusión directa). (A.R.G.).

383. FISCHER, H. J.: «Wem gehören die als entartete Kunst verfehmten, von den Nationalsozialisten beschlagnahmten Werke?», *NJW*, 1993, pp. 1417-1421.

¿A quién pertenecen las obras incautadas por los nacionalsocialistas, proscritas como «cultura corrompida»? (M.P.G.R.).

384. FORMIGGINI, Aldo: «Pubblicazione "invito domino" in opere collettive», *RTDPC*, 1993, 2, p. 653.

Se estudian los casos y decisiones jurisprudenciales más recientes sobre medidas cautelares tendentes a la tutela del derecho de autor en obras colectivas. (Díez-Picazo/Rodríguez).

385. FRAGOLA, A.: «Aspetti giuridici dell'audiovisivo (sesta serie)», *Dir. Aut.* 1993, núm. 4, pp. 534-547.

Incentivación de las obras cinematográficas. El filme publicitario: reflexiones en relación al derecho de autor. (A.R.G.).

386. FRANZONE, D.: «Les relations entre la Communauté et les Pays d'Europe centrale et orientale: vers une voie européenne des droits de propriété intellectuelle?», *Dir. Aut.* 1993, núm. 2, pp. 245-260. (A.R.G.).

387. FRANZONI, Massimo: «Fideiussione omnibus e ius superveniens», CI, 1993, 2, p. 428.

Analiza las modificaciones introducidas en los artículos 1.938 y 1.956 del Código civil italiano, por efecto del artículo 10 de la Ley sobre la transparencia bancaria y régimen transitorio. (Díez-Picazo/Rodríguez).

388. FREMAND, P.: «Propriété littéraire et artistique», GP, 1993, núms. 178-180, pp. 10-15.

Comentario a la sentencia del Tribunal de apelación de Reims, de 15 de septiembre de 1992. (Aranda/Sierra).

389. FRIGERIO, I.: «Condizioni necessarie affinché il regolamento di condominio, predisposto dal costruttore dell'edificio, possa essere considerato vincolante per tutti i condomini», LGCC, 1993, núm. 4 (julio-agosto), parte primera, pp. 551-555.

Comentario a la resolución de casación civil de 16-6-1992 n. 7359 en relación al reglamento de propiedad horizontal. (A.R.G.).

390. FRIGERIO, I.: «Sul termine di comunicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea della comunione», LGCC, 1993, núm. 4 (julio-agosto), pp. 547-551.

Anotaciones a la sentencia de casación civil de 5-8-1992, n. 9291 en materia de comunidad de bienes. (A.R.G.).

391. FRIGERIO, M.: «Sulla configurabilità come clausola penale di una norma di regolamento condominiale», LGCC, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte primera, pp. 170-173.

Anotaciones a la resolución de casación civil de 19-5-1992, n. 5977. Eficacia de una cláusula del reglamento de propiedad horizontal, que dispone una sanción pecuniaria a cargo de los propietarios en caso de retraso en el pago de los gastos de administración. (A.R.G.).

392. FRIGERIO, M.: «Sulla natura giuridica degli sporti», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 651-653.

Comentario a la sentencia de casación civil de 29-10-1992, n. 11775. Régimen de propiedad horizontal, partes comunes del edificio. (A.R.G.).

393. FUSARO, Andrea: «*Vincoli temporanei di destinazione e pubblicità immobiliare*», *CI*, 1993, 2, p. 815.

Comenta el Decreto presidencial del Tribunal de Génova de 16 de enero de 1986, inédito. (Díez-Picazo/Rodríguez).

394. GAGLIARDI, A.: «*Esperienza francese nella prassi del contratto di edizione musicale*», Cuadro de referencia normativo: Ley de 11 de marzo de 1957, *Dir. Aut.* 1993, núm. 4, pp. 573-595.

Cláusulas del contrato de edición musical. Obligaciones que gravan al editor: distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado. Análisis de la Jurisprudencia: las decisiones posteriores a la promulgación de la Ley de 11 de marzo de 1957. Reflexiones doctrinales. (A.R.G.).

395. GAMBARO, Antonio: «*L'occupazione acquisitiva ed i dialoghi tra i formanti*», *FI*, 1993, 9, p. V-389.

Se ocupa de la indemnización a percibir por el particular que se ha visto privado de su propiedad por un ente público sin previo procedimiento expropiatorio. (Díez-Picazo/Rodríguez).

396. GAUDEMMENT/SAVOIE/TOUVET: «*Urbanisme*», *RDI*, 1993, núm. 1, pp. 63-71.

Comentarios a varias sentencias en materia de urbanismo: planificación urbanística, permiso de construcción, permisos de demolición, etc. (Aranda/Sierra).

397. GAUDEMMENT/SAVOIE/TOUVET: «*Urbanisme*», *RDI*, 1993, núm. 2, pp. 201-206.

Anotaciones a diversas sentencias en materia de urbanismo: plan de ocupación del suelo; elaboración, contenido y modificación del plan. Permisos de construcción. (Aranda/Sierra).

398. GAUDEMMENT/SAVOIE/TOUVET: «*Urbanisme*», *RDI*, 1993, núm. 3, pp. 366-368.

Comentario a diversas sentencias sobre permisos para construir. (Aranda/Sierra).

399. GILI, A.: «Sulla legittimazione a offrire in aumento di sesto e a partecipare alla gara successiva», LGCC, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte primera, pp. 389-395.

Notas a la sentencia de casación civil de 3-10-1992, n. 10867, en relación al proceso de ejecución forzosa de un inmueble. (A.R.G.).

400. GILI, A.: «Il potere di controllo del giudice sui crediti sine titulo, in sede di conversione del pignoramento, e i remedi esperibili dal debitore e dal terzo acquirente», LGCC, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte primera, pp. 205-212.

Comentario a la sentencia de casación civil de 6-6-1992, n. 6994. (A.R.G.).

401. GILLERI, A.: «Appunti sull'art. 9 della legge di accompagnamento alla Finanziaria 1993», Dir. Aut. 1993, núm. 2, pp. 242-244.

Crítica a las estipulaciones novedosas establecidas por dicho precepto para los entes lírico-sinfónicos. (A.R.G.).

402. GRIPPIOTTI, G. A.-CARINO, F.: «Discorsi parlamentari e diritto d'autore», Dir. Aut., 1993, núm. 3, pp. 414-425.

Reflexión sobre si los discursos parlamentarios son reconducibles a la categoría de obras protegidas por el derecho de autor. (A.R.G.).

403. GUIOTTO, A.: «Servitú», RDC, 1993, núm. 2.º, parte segunda, pp. 209-223.

Análisis de diversas cuestiones relativas al instituto de la servidumbre: constitución negocial, destino del padre de familia y servidumbres aparentes, usucapión, ejercicio, extinción, clases. (A.R.G.).

404. J.-M. G.: «Dissentiment de deux époux cotitulaires d'un bail rural concernant sa cession à un enfant», SJ, 1993, núm. 8, II, 22002, pp. 70-71.

Comentario a la sentencia de Casación civil, sección 1.ª, de 3 de marzo de 1992, sobre derechos y obligaciones de los comuneros indivisos. Autorización por un esposo y rechazo del otro. (Aranda/Sierra).

405. KICHINEWSKY-BROQUISSE: «Concierge et conciergerie dans un immeuble en copropriété», GP, 1993, núms. 272-273, pp. 4-8.

Naturaleza jurídica de la conserjería: su inclusión como parte común o como parte privativa. Poderes de la comunidad sobre el conserje. Supresión del servicio de conserjería: unanimidad salvo excepciones. (Aranda/Sierra).

406. LEHMANN, R.: «Vorrang oder Zustimmung- Wie wird ein eigentumsvormerkungswidriges Finanzierungsgrundpfandrecht wirksam?», NJW, 1993, pp. 1417-1421.

¿Prioridad o compatibilidad. Cómo deviene eficaz una defectuosa anotación registral sobre una garantía hipotecaria? El artículo trata de determinar la eficacia registral de la garantía hipotecaria constituida por el vendedor en favor del prestamista del comprador cuando este último ya tiene una anotación registral a su favor, llegando a la conclusión de que una nueva declaración de compatibilidad del comprador es suficiente para afirmar la eficacia de la segunda anotación. (M.P.G.R.).

407. MANSANI, Luigi: «La determinazione del'equo premio spettante al dipendente inventore secondo la "formula tedesca"», CI, 1993, 2, p. 720.

Intenta buscar una solución jurídica al problema de la determinación de la cuantía del premio que corresponde legalmente al trabajador que desarrollando su actividad laboral ha logrado un invento. (Díez-Picazo/Rodríguez).

408. MARTELLINO, G.: «Il momento costitutivo dell'ipoteca tra repertoriazione nel registro generale d'ordine e inserzione della nota di iscrizione nel registro particolare», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 758-769.

Notas a la resolución de casación civil de 28-8-92, n. 9978 en relación a la constitución de la hipoteca. (A.R.G.).

409. MASTRORILLI, Annachiaria: «Clinica privata, televisore in camera, diritto d'autore (Nota a Cass. 27 novembre 1992, n. 12680)», FI, 1993, 9, p. I-2593.

Trata del conflicto existente entre el interés público en el desarrollo cultural y la protección de los derechos de autor. (Díez-Picazo/Rodríguez).

410. MERWE/HUET: «La protection des locataires en place lors de la mise en copropriété d'un immeuble résidentiel (étude de droit com-

paré: France, États-Unis d'Amérique, Afrique du Sud)», RDI, 1993, núm. 1, pp. 25-37.

La copropiedad de un inmueble residencial como forma de promoción inmobiliaria empleada en los diversos países. Los autores estudian los textos aplicables a cada uno de ellos, el campo de aplicación, la protección de la oferta y los sujetos beneficiarios de la protección. (Aranda/Sierra).

411. MICCICHE, A.: «In tema di contratto di distribuzione dell'opera cinematografica», Dir. Aut. 1993, núm. 3, pp. 441-466.

Problemática concerniente al contrato de distribución cinematográfica: contenido, naturaleza jurídica y forma del contrato, relación entre productor y distribuidor de la obra, requisitos administrativos para la actividad de distribución cinematográfica. (A.R.G.).

412. MILIANO, Giuseppe: «Brevissime note in tema di aree di parcheggio-nota a Cass. 4 gennaio 1993, n. 18», GC, 1993, 10, p. I-2462. (Díez-Picazo/Rodríguez).

413. MORAND, M.: «Copropriété: les confusions persistantes sur la répartition des charges d'escalier», GP, 1993, núms. 22-23, pp. 8-10.

Notas a la sentencia de la Corte de Casación civil, sección 3.^a, de 6 de marzo de 1991, sobre diferencia entre las cargas de la escalera y las cargas del ascensor. (Aranda/Sierra).

414. MOREL/LAMY: «Expropriation», RDI, 1993, núm. 1, pp. 60-62.

Anotaciones jurisprudenciales sobre expropiación, fijación de indemnizaciones, retrocesión, y procedimiento. (Aranda/Sierra).

415. MOREL/LAMY: «Expropriation», RDI, 1993, núm. 2, pp. 198-200.

Comentarios a varias sentencias en materia de expropiación forzosa: fijación de la indemnización; retrocesión; y procedimiento de expropiación. (Aranda/Sierra).

416. MOREL/LAMY: «Expropriation», RDI, 1993, núm. 3, pp. 363-365.

Anotaciones a diversas sentencias en materia de expropiación: fijación de precio, abandono y procedimiento. (Aranda/Sierra).

417. ORIANI, Renato: «L'atto iniziale del processo di esecuzione per rilascio di beni immobili (Nota a Cass. 3 luglio 1991, n. 7288)», *FI*, 1993, 4, p. I-1243. (Díez-Picazo/Rodríguez).

418. PASTORE, S. e MÜLLER, F.: «Sulla illiceità dei bootlegs», *Dir. Aut.* 1993, núm. 4, pp. 657-666.

Comentario a la resolución de la Pretura de Bérghamo de 19 de abril de 1993 en materia de reproducción, comercialización e importaciones abusivas de interpretaciones en directo de obras musicales protegidas. (A.R.G.).

419. PERINET-MARQUET, H.: «Chronique d'actualité: Propriété et droit immobilier», *SJ*, 1993, núm. 15, I, 3668, pp. 165-168.

Anotaciones sobre diversos temas relacionados con el derecho de propiedad y otros derechos reales. Estudio de la jurisprudencia. (Aranda/Sierra).

420. PETTARIN, G. C.-PONTI, L.: «Questioni in tema di rapporti tra procedure concorsuali e procedure esecutive», *LGCC*, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte primera, pp. 395-408.

Anotaciones a las resoluciones de casación civil de 5-5-1992, n. 5299 y 19-5-1992, n. 5987, sobre irrevocabilidad de ventas forzosas. (A.R.G.).

421. QUIRICONI, G.: «Riflessioni sul cosiddetto contratto di edizioni musicale nell'ambito del trasferimento del diritto d'autore», *Dir. Aut.* 1993, núm. 4, pp. 551-572.

Conflicto derivado de la cesión, por parte de los autores de obras musicales, de los derechos de utilización económica de éstas a los editores. Controversia reconducible al esquema del contrato de edición del art. 118 LDA. (A.R.G.).

422. ROBERT, A.: «Les végétaux voisins», *RDI*, 1993, núm. 2, pp. 161-166.

Las relaciones de vecindad vistas desde las perspectivas de los perjuicios que las plantaciones pueden producir en los vecinos y la obligación de su prevención. (Aranda/Sierra).

423. SANTAGADA, Filomena: «Sono reclamabili i provvedimenti della fase sommaria del procedimento possessorio?-nota a Trib. Roma 25 marzo 1993 (ord.)», *GC*, 1993, 9, p. I-2254. (Díez-Picazo/Rodríguez).

424. SCODITTI, Enrico: «Osservazioni su consolidati orientamenti della Cassazione in tema di spazi per parcheggio (Nota a Cass. 21 aprile 1993, n. 4691)», FI, 1993, 9, p. I-2501.

Trata de la transmisión *ope legis* del espacio destinado a aparcamiento en la compraventa de inmuebles de nueva construcción y de la nulidad de la cláusula por la cual se reserve el vendedor el uso de la misma. (Díez-Picazo/Rodríguez).

425. SCHERMI, Aldo: «Violazione del diritto patrimoniale d'autore: riproduzione abusiva dell'opera; vendita delle copie dal riproduttore abusivo ad un terzo che le mette in commercio-nota a Cass. 18 febbraio 1993, n. 1996», GC, 1993, 9, p. I-2111. (Díez-Picazo/Rodríguez).

426. SIMONE, Roberto: «La rettifica di notizia non vera e il "medium freddo" (Osserv. a Pret. Roma, ord. 29 febbraio 1992)», FI, 1993, 3, p. I-986.

Se analiza el derecho a la rectificación en caso de promulgación de noticias falsas, su tutela jurisdiccional y administrativa. (Díez-Picazo/Rodríguez).

427. STROBEL, W.: «Der Regierungsentwurf zum Sachenrechtsänderungsgesetz für das Beitrittsgebiet», NJW, 1993, pp. 2484-2490.

Análisis del Proyecto de Ley del Gobierno alemán, para la modificación del Derecho de cosas tras la reunificación alemana. (M.P.G.R.).

428. DE TILLA, Maurizio: «Sull'uso del cortile comune-nota a Cass. 27 gennaio 1993, n. 966 e Cass. 11 gennaio 1993, n. 172», GC, 1993, 10, p. I-2450. (Díez-Picazo/Rodríguez).

429. TRIOLA, Roberto: «Trascrizione di domanda di rivendicazione, intestazione della nota e opponibilità ai terzi- Osservazione a Cass. 27 giugno 1992, n. 8066», GC, 1993, 2, p. I-411. (Díez-Picazo/Rodríguez).

430. TRIOLA, Roberto: «Mancata comunicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea al uno dei condomini e natura della invalidità delle deliberazioni-osservazione a Cass. 12 febbraio 1993, n. 1780», GC, 1993, 7-8, p. I-1836. (Díez-Picazo/Rodríguez).

431. VACCARELLA, Romano: «Brevi osservazioni sul procedimento possessorio dopo la novella n. 353 del 1990-osservazione a Pret. Roma 7 luglio 1993», GC, 1993, 10, p. I-2451. (Díez-Picazo/Rodríguez).

432. VIEWEG, K.: «Nachbarrecht und Naturschutz», NJW, 1993, pp. 2570-2577.

Relaciones de vecindad y protección de la naturaleza. Los esfuerzos del BGH para lograr la armonización del Derecho público y privado de las relaciones de vecindad, encuentra su expresión en una estimable concreción de conceptos jurídicos indeterminados. Hasta el momento ha quedado al margen de este discurso la eficacia indirecta en las relaciones entre particulares (*mittelbare Drittwirkung*) de los derechos fundamentales ante las demandas de compensación y de exclusión. Con la introducción en la problemática de los derechos fundamentales, por una parte se contempla el interés general a la protección de la naturaleza como límite de la propiedad y por otra se posibilita una distribución del riesgo reductora de los conflictos en las relaciones de vecindad. (M.P.G.R.).

433. VILLANI, A.: «Recuperi edilizi: modifiche alle maggioranze nelle assemblee condominiali», NLCC, 1993, núm. 4, pp. 909-911.

Comentario al artículo 15 de la Ley de 17 de febrero de 1992, núm. 179, sobre decisiones acordadas por mayoría en edificios bajo el régimen de propiedad horizontal. (R.D.R.).

434. ZENATI, F.: «Pour une rénovation de la théorie de la propriété», RTDC, 1993, núm. 2 (abril-junio), pp. 305-323.

Estudio sobre el objeto de la propiedad y su contenido. Crítica a la noción clásica de propiedad. (Aranda/Sierra).

6. DERECHO DE FAMILIA

435. AA.VV.: «Chronique d'actualité: Droit de la famille», SJ, 1993, I, 3639, pp. 6-16.

Notas de diversos autores sobre los siguientes temas: lucha contra los matrimonios de conveniencia; las relaciones de concubinato; las prestaciones económicas tras el divorcio; la filiación natural; y la adopción del menor (su interés y la tutela del Estado). (Aranda/Sierra).

436. BARBIERA, L.: «Separazione e divorzio», RDC, 1993, núm. 4.º, parte segunda, pp. 449-483.

Ruptura de la convivencia y sus efectos sobre la relación conyugal: intolancia en la continuación de la convivencia, separación consensual y reconciliación, efectos de la separación sobre las obligaciones conyugales no patrimoniales, cambio del título de la separación, separación como causa del divorcio, divorcio por causas diversas de la separación. Aspectos procesales de la separación y el divorcio. Consecuencias patrimoniales de la separación y divorcio. Los hijos. La publicidad de la separación. (A.R.G.).

437. BEGHE LORETI, Adriana: «La normativa internazionale e quella italiana in tema di adottabilità di un minore da parte di persona sola-nota ad App. Roma 25 settembre 1993 (ord.) e a Trib. Roma 24 marzo 1993 (decr.)», GC, 1993, 11, p. I-2827. (Díez-Picazo/Rodríguez).

438. BOMMARITO, Giuseppe: «Trattamento di fine rapporto per i dipendenti da aziende fallite, beneficiari della c.i.g.s. ex legge n. 301 del 1979 sulla disciplina previgente la novella del 1991. Lo slalom della Suprema Corte nella sarabanda delle interpretazioni autentiche-Nota a Cass. 5 maggio 1992, n. 5322», GC, 1993, 4, p. I-1021. (Díez-Picazo/Rodríguez).

439. BORDONALI, S.: «Brevi riflessioni preliminari in tema di matrimonio canonico e di giurisdizione civile», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte primera, pp. 432-439.

Comentario a la ordenanza de 13 de marzo de 1992 de la Corte de Apelación de Torino en relación a la reserva de jurisdicción eclesiástica en materia matrimonial y la afirmación de la soberanía estatal. (A.R.G.).

440. BOULANGER, F.: «Fraude, simulation au détournement d'institution en droit de la famille?», SJ, 1993, núm. 14, I, 3665, pp. 151-154.

El concepto de desviación; la prueba y la sanción de la desviación. (Aranda/Sierra).

441. BOULLEZ, CH.: «Les relations parents-enfants dans la loi 8 janvier 1993: l'autorité parentale», GP, 1993, núms. 167-168, pp. 2-11.

El ejercicio de la patria potestad es, como principio general, común tras el divorcio de los padres. El ejercicio unilateral de la patria potestad como excepción. La patria potestad común en la familia natural. Patria potestad y obligación de alimentos. La situación del niño frente a los conflictos

matrimoniales y la audición del juez en defensa de sus intereses. (Aranda/Sierra).

442. BRIBOSIA, H.: «*Transparence et secrets autour des adoptions internes et internationales*», RIDC, 1993, núm. 4, pp. 795-816.

La falta de transparencia en los procedimientos de adopción. Aspectos psicológicos unidos a los secretos existentes en la adopción. Aspectos jurídicos del derecho belga y comparado. (Aranda/Sierra).

443. CANOVA, L.: «*Indispensabilità dell'uso di criteri uniformi nella valutazione delle coppie adottive*», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte segunda, pp. 837-854.

Enumeración y estudio de criterios fijos y tasados en la valoración de las parejas que desean adoptar un niño. Previsión normativa en la ley n. 184 de 4 de mayo de 1983. Razones de tal exigencia. (A.R.G.).

444. CARBONE, M. T.: «*Maternità, paternità e procreazione artificiale*», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte segunda, pp. 885-882.

Amplio y profundo estudio de la problemática concerniente a la procreación artificial: si tales técnicas son actos de disposición del propio cuerpo prohibidos por el art. 5 del Código civil, existencia de un derecho o no a la procreación, relaciones entre la procreación artificial y la adopción, licitud de los contratos de maternidad, concepto de maternidad y paternidad. (A.R.G.).

445. CONTE: «*Divorzio e processo monitorio puro: un matrimonio impossibile*», DFP, 1993, núm. 4 (octubre-diciembre), parte primera, pp. 1012-1017.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 17 de marzo de 1993 n. 3190 sobre sentencia extranjera de divorcio. (A.R.G.).

446. CORPART-OULERICH, I.: «*De l'intention matrimoniale ou le mariage était en blanc*», GP, 1993, núm. 293-294, pp. 3-8.

La exigencia del consentimiento matrimonial: su lugar en el derecho del matrimonio; momento de apreciación de la intención matrimonial. La falta de intención matrimonial y su sanción: anulabilidad. (Aranda/Sierra).

447. DEPONDT, A.: «Fiscalités des partages entre époux réparés de biens. L'administration encare desavouce par la Cour de Cassation», GP, 1993, núms. 167-168, pp. 30-34.

Comentario sobre los arts. 747 CGI y 748 a 750, y su aplicación por la Corte de casación. (Aranda/Sierra).

448. DIEDERICHSEN, U.: «Geschiedenenunterhalt- Überforderung nahehelicher Solidarität?», NJW, 1993, pp. 2265-2275.

A juicio de la autora, el derecho de alimentos postmatrimoniales en el Derecho alemán no está suficientemente fundamentado ni en la jurisprudencia, ni en las reformas legales, porque tras la supresión del derecho de separación fundado en la culpa, hasta el momento presente ni el legislador ni la uniforme interpretación jurídica han establecido bajo qué criterios deben ser otorgados o deben ser negados los alimentos después de la separación. El artículo emprende la búsqueda de determinadas reglas en el derecho de alimentos tras la separación, con ayuda de principios jurídicos existentes en otros campos, en parte para fundar tal derecho y en parte para hacerse unas cuantas preguntas y a través de ellas dar un fundamento al derecho de alimentos postmatrimoniales. (M.P.G.R.).

449. DOGLIOTTI, M.: «Potestá dei genitori, vaccinazioni obbligatorie, procedimento ex art. 333 c.c.», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte primera, pp. 571-587.

Comentario a la sentencia de la Corte de Apelación de Torino de 3 de octubre de 1992 sobre la legitimación del Tribunal de menores para iniciar el procedimiento de los arts. 333 a 336 del Código Civil en interés del menor, en relación con la aplicación a éstos de vacunas obligatorias sin necesidad de previa audiencia de los interesados. (A.R.G.).

450. DÖRR, C.: «Die Entwicklung des Familienrechts seit Ende 1991», NJW, 1993, pp. 2406-2417 y pp. 2718-2727.

El desarrollo del Derecho de familia desde fines de 1991, en campos como el Derecho matrimonial, el deber de asistencia a los parientes mayores, deberes para con los hijos, derechos de visita, vivienda familiar, relaciones patrimoniales y dirección de la potestad doméstica y derecho económico-matrimonial. (M.P.G.R.).

451. FERRANDO, G.: «Filiazione naturale», RDC, 1993, núm. 2.º, parte seconda, pp. 193-207.

Examen de la problemática concerniente a la filiación natural, en concreto, la resolución de la Corte Constitucional n. 341, de 1990, sobre el

interés del menor y declaración judicial de paternidad; y la sentencia de la Corte Constitucional n. 184 de 1990 sobre la sucesión entre hermanos naturales. (A.R.G.).

452. FINOCCHIARO, Francesco: «Il concorso di giurisdizioni sul matrimonio c.d. concordatario-Nota a Cass. sez. un., 13 febbraio 1993, n. 1824», GC, 1993, 4, p. I-877. (Díez-Picazo/Rodríguez).

453. FINOCCHIARO, Francesco: «In tema di contrasto con l'ordine pubblico della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario pronunciata su domanda degli eredi e di legittimazione di costoro nel giudizio di delibazione-nota ad App. Milano 19 gennaio 1993», GC, 1993, 5, p. I-1333. (Díez-Picazo/Rodríguez).

454. FRANK, R.: «La signification differente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille», RIDC, 1993, núm. 3, pp. 635-658.

La importancia que en el Derecho alemán ha tenido desde 1933 la filiación por lazos de sangre y el acercamiento, tras la segunda guerra mundial, a los sistemas de filiación de los demás países. (Aranda/Sierra).

455. FRÖSCHL, J.: «Die Familiensachen Kindes- und Ehegattenunterhalt», JUS, 1993, pp. 669-673.

En el presente artículo se analizan, desde una perspectiva jurisprudencial, los aspectos procesales de las demandas de alimentos. (M.P.G.R.).

456. GHERRO, S.: «Il matrimonio concordatario ancora al vaglio della Consulta», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte primera, pp. 428-432.

Comentario a la ordenanza de 13 de marzo de 1992 de la Corte de Apelación de Torino sobre la exclusividad de la jurisdicción eclesiástica en materia matrimonial frente a la afirmación de la soberanía estatal. (A.R.G.).

457. GIARDINA, F.: «Potestà dei genitori», RDC, 1993, núm. 4.º, parte segunda, pp. 485-491.

Contraste entre la patria potestad de los padres en la familia legítima y en la familia de hecho. Aspectos personales y patrimoniales de la patria potestad. (A.R.G.).

458. GIUSSANI, A.: «La competenza per il giudizio di ammissibilità della domanda di dichiarazione della paternità naturale», LGCC, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte primera, pp. 42-51.

Comentario a la sentencia de casación civil de 7-2-1992, n. 1373 en materia de paternidad y maternidad natural. (A.R.G.).

459. GRAZIOSI, Andrea: «L'intervento del p.m. nel procedimento di modifica delle condizioni di separazione dei coniugi», RTDPC, 1993, 3, p. 925.

Se comenta la sentencia de 9 de noviembre de 1992, n. 416, de la Corte Costituzionale que ha declarado inconstitucional en su parte dispositiva el artículo 710 c.p.c., que no prevé la participación del *pubblico ministero* en el procedimiento de adopción de medidas cautelares de protección a los hijos, acordadas en los procesos de separación matrimonial. (Díez-Picazo/Rodríguez).

460. HAUSER, J.: «Un époux reste solidairement tenu, jusqu'à la publication du jugement du divorce, au paiement des loyers du bail qu'il a conclu avec son épouse malgré le congé qu'il a donné au bailleur», SJ, 1993, núm. 20, II, 22047, pp. 181-182.

Comentario a la sentencia de Casación civil, sección 1.ª, de 13 de octubre de 1992, sobre obligación solidaria de los esposos por un arrendamiento concluido por ambos. (Aranda/Sierra).

461. HÉRAIL, J.: «L'attribution préférentielle n'implique pas l'estimation du bien lors du jugement», SJ, 1993, núm. 17, II, 22031, p. 145.

Nota a la sentencia de Casación civil, sección 2.ª, de 22 de enero de 1992, sobre efectos del divorcio: atribución preferente de la vivienda. (Aranda/Sierra).

462. D'HOERAENE, D.: «L'attribution du logement familial en cas de divorce», GP, 1993, núms. 265-266, pp. 9-12.

El problema en caso de divorcio de la atribución del alquiler y el reparto de cargas. Atribución durante y después del procedimiento de divorcio. (Aranda/Sierra).

463. KALTHOENER, E./BÜTTNER, H.: «Die Entwicklung des Unterhaltsrechts bis Anfang 1993», NJW, 1993, pp. 1826-1835.

El desarrollo jurisprudencial del derecho de alimentos hasta comienzos de 1993. (M.P.G.R.).

464. KARST, M.: «Zum Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Kindesmutter auf Benennung des Erzeugers- LG Paderborn, NJW-RR 1992, s. 966», JUS, 1993, pp. 633-635.

Comentario a la decisión del LG de Paderborn, de 30-1-1992, en la que se plantea el derecho del presunto padre frente a la madre del niño a ser informado sobre la identidad del verdadero progenitor. (M.P.G.R.).

465. KIEFFE, S.: «De la chambre de la famille au juge aux affaires matrimoniales et au juge aux affaires familiales», GP, 1993, núms. 167-168, pp. 12 y 29-34.

Estudio de la Ley de 8 de enero de 1993 aplicable a partir del 1 de febrero de 1994, y la evolución de los derechos del niño desde la Declaración de la ONU de 20 de noviembre de 1989. (Aranda/Sierra).

466. LILLO, P.: «Matrimonio "concordatario" e giurisdizione competente», DFP, 1993, núm. 4 (octubre-diciembre), parte segunda, pp. 1246-1315.

Libertad religiosa y libertad matrimonial. Matrimonio de los no católicos y jurisdicción civil. Falta de una norma expresa limitativa de la soberanía del Estado. Jurisdicción competente a la luz de las nuevas disposiciones concordatarias. Tesis del reparto de jurisdicciones en materia de causas matrimoniales concordatarias, el derecho aplicable por los jueces estatales en la hipótesis del concurso de jurisdicciones. (A.R.G.).

467. LIOTTA, M.: «Assegno alimentare provvisorio e poteri del Presidente del tribunale», RFP, 1993, núm. 4 (octubre-diciembre), parte primera, pp. 1131-1137.

Anotación a la resolución del Tribunal de Palermo de 28 de julio de 1992 en materia de alimentos. (A.R.G.).

468. LORENZO, P.: «Il matrimonio condizionato nel diritto della Chiesa orientale», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte segunda, pp. 786-813.

Contradicción existente entre la tradición en el derecho canónico oriental y el can. 83 del Motu proprio *Crebrae Allatae* de 22 de febrero de 1949,

respecto a la admisión de la condición en el matrimonio. Interpretaciones doctrinales de esta última norma y propuesta de reforma del derecho canónico oriental. (A.R.G.).

469. MANERA, Giovanni: «Sul modo di computo delle differenze di età tra adottanti ed adottando nell'adozione internazionale-nota a Cass. 2 febbraio 1993, n. 1266», GC, 1993, 9, p. I-2117. (Díez-Picazo/Rodríguez).

470. MASSIP, J.: «Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993», GP, 1993, núms. 262-264, pp. 2-34.

Diversos estudios del autor en materia de estado civil, filiación, patria potestad, defensa judicial del menor y papel del juez en los asuntos familiares. (Aranda/Sierra).

471. MASSIP, J.: «Filiation naturelle —Recherche de paternité— Délai pour agir», GP, 1993, núms. 38-40, p. 14.

Comentario a la sentencia de casación, sección 1.^a de lo civil, de 2 de junio de 1992. (Aranda/Sierra).

472. MASSIP, J.: «La rupture du concubinage n'ouvre droit à indemnité que si elle revêt un caractère fautif», GP, 1993, núms. 38-40, p. 12 ss.

Diferencias entre el concubinato y el matrimonio. Comentario a la sentencia de casación, 1.^a civil, de 30 de junio de 1992. (Aranda/Sierra).

473. MEDICUS, D.: «Zur Stellung der eheähnlichen Gemeinschaft im Mietrecht», JZ, 1993, pp. 950-954.

El BVerfG ha considerado que el sobreviviente de una pareja de hecho tiene derecho a continuar con el contrato de arrendamiento, siéndole de aplicación el § 569 a Abs. 2 del BGB. El autor, en su comentario a esta decisión, pone de relieve algunos puntos oscuros que pueden derivar de esta sentencia, en conexión con el concepto mismo de matrimonio de hecho. (M.P.G.R.).

474. MILIANO, Giuseppe: «Famiglia di fatto e affidamento di minori-Nota a Cass. 7 marzo 1992, n. 2766», GC, 1993, 1, p. I-209. (Díez-Picazo/Rodríguez).

475. MONETA, P.: «La giurisdizione civile sui matrimoni concordatari», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte primera, pp. 526-537.

Anotaciones a la sentencia de la Corte de Casación de 13 de febrero de 1993 n. 1824 en materia de efectos civiles del matrimonio canónico. (A.R.G.).

476. NAPPI, Giambattista: «Duplicità di competenze sull'affidamento della prole?-nota ad App. Trento 13 maggio 1993 (decr.)», GC, 1993, 11, p. I-2833. (Díez-Picazo/Rodríguez).

477. NAPPI, G. B.: «Separazione personale con sentenza non definitiva», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte primera, pp. 624-629.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Vercelli de 27 de mayo de 1992 en relación con la posibilidad de dictar sentencia de separación no definitiva entre cónyuges, aunque el proceso deba continuar después para resolver últimas cuestiones sobre relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges e hijos. (A.R.G.).

478. NAPPI, G. B.: «Riconoscimento dei provvedimenti stranieri di divorzio o di separazione personale», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte segunda, pp. 726-732.

Condiciones y requisitos para el reconocimiento de sentencias extranjeras cuyo objeto es la anulación del matrimonio contraído en Italia o la declaración de separación personal, tras la adhesión de este país a la Convención de La Haya de junio de 1970. (A.R.G.).

479. DI NARDO, M.: «La dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte segunda, pp. 321-383.

Verificación judicial de la relación de filiación natural, de la maternidad y paternidad natural. Acción de declaración judicial de paternidad o maternidad natural: competencia, legitimación activa y pasiva, proposición en interés del hijo menor. Efectos de la sentencia declarativa de paternidad o maternidad natural. (A.R.G.).

480. PETER, J.: «Schlüsselgewalt bei Arzt- und Krankenhausverträgen», NJW, 1993, pp. 1949-1954.

El poder de las llaves en los contratos médicos y hospitalarios. Un estudio sobre el campo de aplicación del § 1357 del BGB en el Derecho médico. (M.P.G.R.).

481. PETITO, L.: «Sui limiti di applicabilità della revoca dello stato di adottabilità», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte primera, pp. 632-651.

Nota a la resolución del Tribunal de Menores L'Aquila de 11 de diciembre de 1992, sobre los presupuestos, requisitos y condiciones necesarios para la válida revocación de la declaración de adopción. (A.R.G.).

482. PILLEBOUT, J. F.: «La communauté supporte les dettes qui sont la charge de la jouissance des biens propres», SJ, 1993, núm. 8, II, 22003, pp. 71-72.

Comentario a la sentencia de Casación civil, sección 1.ª, de 31 de marzo de 1992, sobre deuda de la comunidad conyugal por adquisición de bienes privativos. (Aranda/Sierra).

483. POL, R.: «Giudizio di divorzio in costanza di giudizio di separazione: autonomia ed implicazioni reciproche», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte primera, pp. 669-690.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 16 de diciembre de 1992 relativa al tema de la iniciación de una demanda de divorcio cuando está pendiente un juicio de apelación de separación, cuyo objeto son las deudas y disposiciones económicas de los cónyuges. (A.R.G.).

484. PONZANELLI, Giulio: «California e “vecchia” Europa: il caso del contratto di maternità surrogata (Nota a Corte supr. California 20 maggio 1993)», FI, 1993, 10, p. IV-337.

Comenta la sentencia de 20 de mayo de 1993 de la Corte suprema de California, en la que se estima totalmente válido el contrato de las madres de alquiler y se niega cualquier tipo de derecho a la gestante. (Díez-Picazo/Rodríguez).

485. QUADRI, Enrico: «La ripartizione della pensione di reversibilità tra divorziato e coniuge superstite (Nota a Cass. 9 dicembre 1992,

n. 13041, 17 luglio 1992, n. 6887 e 23 aprile 1992, n. 4897)», FI, 1993, 3, p. I-792.

Realiza una interpretación del art. 13 de la Ley de 6 de marzo de 1987, n. 74, sobre los derechos del divorciado a una cuota de la pensión del cónyuge fallecido. (Díez-Picazo/Rodríguez).

486. RUBELLIN-DEVICHI, J.: «Une importante réforme en droit de la famille: la loi n. 93-22 du 8 janvier 1993», SJ, 1993, núm. 12, I, 3659, pp. 123-128.

Análisis crítico de la ley citada y comparación con las normas anteriores en materia de filiación, nombre y patria potestad. (Aranda/Sierra).

487. SESTA, Michele: «L'influenza del codice civile italiano nei libri delle persone e della famiglia del codice civile peruviano», RTDPC, 1993, 3, p. 849.

El autor lleva a cabo una breve comparación entre el código civil italiano y el peruano, teniendo en cuenta que entre uno y otro hay una diferencia de cuarenta años de existencia. (Díez-Picazo/Rodríguez).

488. SINAGRA, A.: «In tema di mandato, da parte di cliente straniero residente all'estero, a difensore italiano, e di giurisdizione sull'obbligazione alimentare di un cittadino italiano residente in Italia verso un minore straniero residente all'estero», DFP, 1993, núm. 4 (octubre-dic.), parte primera, pp. 1068-1080.

Nota a la resolución de la Corte de Casación de 28 de abril de 1993 n. 4992 respecto a la jurisdicción italiana en materia de alimentos. (A.R.G.).

489. SINESIO, D.: «Separazione di fatto e accordi fra coniugi», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 808-818.

Comentario a la sentencia de casación civil de 17-6-1992 n. 7470. Acuerdos de los cónyuges que disciplinan las relaciones patrimoniales durante la separación. Transmisión de la propiedad de inmuebles. (A.R.G.).

490. SOLFERINO, Angela: «I diritti del terzo e la trascrizione tardiva di matrimonio canonico postmortem-Nota a Cass. sez. un., 4 giugno 1992, n. 6845», GC, 1993, 3, p. I-699. (Díez-Picazo/Rodríguez).

491. TEDESCHI, M.: «Ancora su giurisdizione canonica e civile. Problemi e prospettive», DFP, 1993, núm. 4 (octubre-diciembre), parte segunda, pp. 1220-1234.

Discurso desarrollado en el Convenio «Jurisdicción canónica y jurisdicción civil: cooperación y concurso en materia matrimonial», en Mesina, los días 12 y 13 de noviembre de 1993. De la reserva de jurisdicción de los tribunales eclesiásticos al concurso de la jurisdicción civil y canónica, y simultánea afirmación de la soberanía estatal en materia matrimonial. (A.R.G.).

492. TEDESCHI, M.: «La riserva di giurisdizione alla prova. Prospettazioni teleologiche e realtà ontologica», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte primera, pp. 538-553.

Nota a la resolución de la Corte de Casación de 13 de febrero de 1993, n. 1824, respecto al concurso de jurisdicciones en el supuesto del matrimonio concordatario. (A.R.G.).

493. TISSERAND, A.: «Le remboursement des intérêts d'un emprunt contracté pour l'acquisition d'un bien propre correspond à une charge de la jouissance qui incombe à la communauté à titre définitif», SJ, 1993, núm. 19, II, 22041, pp. 169-171.

Notas a la sentencia de Casación civil, sección 1.ª, de 31 de marzo de 1992, sobre carga de la comunidad para soportar las deudas sobre el goce de bienes privativos. (Aranda/Sierra).

494. DALLA TORRE: «Il matrimonio concordatario e la Cassazione: le deduzioni dei nipotini di Calamandrei», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte primera, pp. 512-526.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 13 de febrero de 1993, n. 1824, sobre el mantenimiento o no de la reserva exclusiva de la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos en las causas de nulidad del matrimonio tras el acuerdo entre la Santa Sede y la República Italiana de 18 de febrero de 1984. (A.R.G.).

495. UCCELLA, Fulvio: «Note minime sulla "tendenza" della Cassazione in tema di giurisdizione dello Stato sulla nullità del matrimonio canonico trascritto-nota a Cass. 19 febbraio 1993, n. 1824», GC, 1993, 6, p. I-1477. (Díez-Picazo/Rodríguez).

496. DALLA VALLE, P.: «Tutela dei crediti del coniuge separato e provvedimenti cautelari d'urgenza», RDC, 1993, núm. 3.º, parte segunda, pp. 379-389.

Comentario a la sentencia de la Pretura de Venecia de 24 de abril de 1992 sobre la inadecuación del procedimiento previsto en el artículo 700 del Código procesal civil para la tutela de los créditos del cónyuge separado, en caso de incumplimiento de las obligaciones patrimoniales asumidas en sede de separación consensual. (A.R.G.).

7. DERECHO DE SUCESIONES

497. AZZARITI, Giuseppe: «Sulla firma del testamento olografo-Osservazione a Cass. 29 ottobre 1992, n. 11504», GC, 1993, 3, p. I-633. (Diez-Picazo/Rodríguez).

498. BOERO, P.: «Sulla divisione, con conguaglio, come modalità di scioglimento della comunione ereditaria tra il coniuge ed i figli minori di un imprenditore», DFP, 1993, núm. 4 (octubre-dic.), parte primera, pp. 1113-1119.

Comentario a la resolución de la Corte de Apelación de Torino de 3 de junio de 1993, respecto al conflicto de intereses entre los hijos menores de un empresario difunto y el cónyuge supérstite en la división extrajudicial de la empresa objeto de la sucesión. (A.R.G.).

499. BONILINI, G.: «Il mantenimento post mortem del coniuge e del convivente more uxorio», RDC, 1993, núm. 2.º, parte primera, pp. 239-253.

Objeto de protección del actual sistema normativo no son sólo los medios elementales para el sostenimiento del cónyuge viudo, sino también el llamamiento a los derechos sucesorios. Por el contrario, ausencia total de regulación para las parejas de hecho en esta materia, frente a la realidad social que exige una prontitud en la reglamentación de la misma. (A.R.G.).

500. CANDIAN, A.: «Disposizioni testamentarie e funzione sanzionatorie», LGCC, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte primera, pp. 481-487.

Nota a la resolución de casación civil de 18-11-1991, n. 12340, en materia de sucesión hereditaria. (A.R.G.).

501. COSTA, P. G.: «Sulla sottoscrizione del testamento olografo», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 803-808.

Comentario a la resolución de casación civil de 12-10-1992, n. 11504, sobre prueba civil y sucesiones hereditarias. (A.R.G.).

502. FUSI, Franco: «Il testamento segreto», GC, 1993, 6, p. II-291.

Se analiza la naturaleza jurídica del testamento secreto, su eficacia probatoria, sus requisitos esenciales y su conversión en testamento ológrafo. (Díez-Picazo/Rodríguez).

503. GAZZONI, Francesco: «É forse ammessa la diseredazione occulta dei legittimari?-nota ad App. Roma 25 gennaio 1993», GC, 1993, 10, p. I-2522. (Díez-Picazo/Rodríguez).

504. GIARDINI, F.: «In tema di trasmissibilità della prelazione ereditaria ex art. 732 cod. civ. agli eredi dei coeredi», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 687-694.

Anotaciones a la resolución de casación civil de 22-10-1992 n. 11551 en relación a la división hereditaria. (A.R.G.).

505. GIGLIOTTI, Fulcio: «Profili sostanziale della divisione giudiziale di immobili ereditari non comodamente divisibili», GC, 1993, 11, p. II-523.

Analiza las soluciones establecidas en el código civil italiano para el caso en que los bienes relictos no admitan una fácil y cómoda división entre los coherederos. (Díez-Picazo/Rodríguez).

506. DE LORENZO, Ciro: «Intestazione del bene in nome altrui e collazione: Il nuovo corso della cassazione si consolida (Nota a Cass. 5 agosto 1992, n. 9282)», FI, 1993, 5, p. I-1558.

Resuelve el problema de una liberalidad hecha a través de la intestación al descendiente del bien adquirido por el ascendiente cuando el objeto de la colación es el dinero empleado en la adquisición o el bien inmueble que a través de la intestación ha entrado en el patrimonio del beneficiario. (Díez-Picazo/Rodríguez).

507. DI MAURO, Nicola: «Patto di intrasmissibilità mortis causa del diritto all'indennità per invalidità permanente e patti successori-Nota a Cass. 23 aprile 1992, n. 4912», GC, 1993, 3, p. I-728. (Díez-Picazo/Rodríguez).

508. DI MAURO, Nicola: «L'individuazione dell'oggetto della liberalità ai fini della riunione fittizia, dell'imputazione ex se e della colazione in alcune fattispecie particolari», GC, 1993, 4, p. II-173.

Se ocupa de los problemas que surgen cuando un padre adquiere con dinero propio un bien inmueble y lo inscribe a nombre del hijo o cuando el hijo adquiere un bien con dinero prestado en presencia de su padre. A partir de una sentencia de la Corte de Casación en la que se afirma la existencia de una donación indirecta se estudian las hipótesis concretas que pueden plantearse. (Díez-Picazo/Rodríguez).

509. DI MAURO, Nicola: «Nomina hereditaria ipso iure non dividuntur-osservazione a Cass. 13 ottobre 1992, n. 11128», GC, 1993, 6, p. I-1568. (Díez-Picazo/Rodríguez).

510. DI MAURO, Nicola: «Il problema di la liceità delle condizioni testamentarie che assecondano le aspirazioni dell'istituto-nota a Cass. 18 marzo 1993, n. 3196», GC, 1993, 7-8, p. I-1810. (Díez-Picazo/Rodríguez).

511. DEL PUNTA, Riccardo: «Violazione dei criteri di scelta nella collocazione in Cassa integrazione guadagni-osservazione a Cass. 1 febbraio 1993, n. 1178», GC, 1993, 10, p. I-2444. (Díez-Picazo/Rodríguez).

512. REGINE, F.: «Intestazione di beni immobili a nome altrui e donazione indiretta», LGCC, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte primera, pp. 373-388.

Comentario a la sentencia de casación civil de 5-8-1992, n. 9282 en materia de sucesiones. (A.R.G.).

513. REGINE, F.: «Comunione ereditaria e diritti di credito», LGCC, 1993, núm. 4 (julio-agosto), parte primera, pp. 583-591.

Notas a la sentencia de casación civil de 13-10-1992, n. 11128, respecto al pago de deudas hereditarias. (A.R.G.).

514. SALVAGE, PH.: «La charge d'entretien grevant une donation et la réserve», SJ, 1993, núm. 6, II, 21995, pp. 57-58.

Comentario a la sentencia de Casación civil, sección 1.^a, de 17 de diciembre de 1991, sobre donación con carga de manutención. Apreciación en la masa hereditaria. (Aranda/Sierra).

515. SALVAGE, PH.: «*La présomption de gratuité de l'article 918 du Code Civil ne s'applique pas à la réserve du droit d'usage et d'habitation*», SJ, 1993, núm. 11, II, 22011, pp. 97-98.

Comentario a la sentencia de Casación civil, sección 1.^a, de 16 de junio de 1992, sobre ámbito de aplicación del artículo 918 del Código civil francés. (Aranda/Sierra).

516. SOWSIDIBE, A.: «*L'adoption au Sénégal et en Afrique francophone*», RIDC, 1993, núm. 1, pp. 129-154.

Estudio de los tipos de adopción: la legal, inspirada en el Derecho francés, y la que es practicada en toda África, en la que no se crean lazos de filiación entre adoptante y adoptado. (Aranda/Sierra).

517. TANINI, M.: «*Onere della prova nel caso di spostamento del termine iniziale di prescrizione*», LGCC, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte primera, pp. 487-493.

Comentario a la sentencia de casación civil de 27-6-1992 n. 8063 en relación con el testamento y los vicios de la voluntad del testador. (A.R.G.).

518. TESTU, F.-X.: «*Chronique d'actualité: successions et libéralités*», SJ, 1993, núm. 19, I, 3676, pp. 217-222.

Notas doctrinales y jurisprudenciales en diversos temas relativos al Derecho de sucesiones y a las donaciones. (Aranda/Sierra).

519. TRIOLA, Roberto: «*Nomina hereditaria ipso iure dividuntur?-asservazione a Cass. 13 ottobre 1992, n. 11128*», GC, 1993, 6, p. I-1568. (Diez-Picazo/Rodríguez).

520. VEIT, M.: «*Die Anfechtung von Erbverträgen durch den Erblasser*», NJW, 1993, pp. 1553-1558.

La impugnación del contrato sucesorio por el causante. La jurisprudencia y la doctrina alemanas no distinguen, en la impugnación de las disposiciones sucesorias, entre la impugnación por terceros y, especialmente en el contrato sucesorio, la impugnación del propio causante. En el artículo se explica que este trato uniforme no está justificado. (M.P.G.R.).

8. VARIAS

521. AA.VV.: «Número especial», GP, 1993, núms. 160-161.

Número especial sobre el Derecho en el deporte. (Aranda/Sierra).

522. AA.VV.: «Número especial», GP, 1993, núms. 190-191.

Número especial sobre la informática en las comunicaciones. (Aranda/Sierra).

523. AA.VV.: «La publicité. Droit et déontologie», GP, 1993, núms. 146-147, pp. 7-92.

Estudios sobre la reglamentación general de la publicidad. Distintas clases de publicidad según el producto y tipos de mensajes publicitarios. Problemas jurídicos de los distintos medios utilizados. (Aranda/Sierra).

524. D'ALESSANDRO, P.: «Considerazioni pragmatiche su “immunità e privilegio” e tutela della persona e del singolo», DFP, 1993, núm. 3 (julio-septiembre), parte segunda, pp. 815-823.

Lesión actual de determinados derechos, como el de habitación, por los órganos judiciales y los entes locales. Tutela del particular a través de los sindicatos. (A.R.G.).

525. ALPA, G.: «La circulation des modèles de résolution extra-judiciaire des conflits», RIDC, 1993, núm. 4, pp. 755-782.

Visión histórica de los diversos sistemas de resolución de conflictos, con una atención particular en el arbitraje. (Aranda/Sierra).

526. ALPA, Guido: «Vecchi e nuovi problemi concernenti il danno biologico-nota a Cass. 18 febbraio 1993, n. 2009», GC, 1993, 9, p. I-2102. (Díez-Picazo/Rodríguez).

527. BARSOTTI, V.-SIMONI, A.: «L'accesso alle corti supreme: la peculiare situazione danese e le prospettive per la sua riforma», RDC, 1993, núm. 4, parte primera, pp. 427-451.

Análisis del específico sistema danés en relación al poder atribuido al Ministro de Justicia consistente en elegir las causas con acceso a la tercera instancia. (A.R.G.).

528. BONOFIGLIO, Alessandra: «In tema di privilegio speciale-nota a Cass. 16 giugno 1992, n. 7396», GC, 1993, 6, p. 1-1621. (Diez-Picazo/Rodríguez).

529. BREGANZE, M. Y CANOVA, O.: «Rassegna di legislazione regionale di interesse privatistico», NLCC, 1993, núm. 1, pp. 270-276.

Reseña de disposiciones regionales de interés privado, sobre diversas materias, publicadas en la G.U., del 11 de julio al 7 de noviembre de 1992. (R.D.R.).

530. CAMPEIS, G.-DE PAULI, A.: «Sul provvedimento straniero di volontaria giurisdizione e sulla sua efficacia in Italia», LGCC, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte primera, pp. 234-241.

Anotaciones a la resolución de casación civil de 1-7-1992, n. 8081, sobre la jurisdicción italiana en causas hereditarias. (A.R.G.).

531. CARO, Michele: «Natura retributiva e imponibilità contributiva: problemi in materia di qualificazione dei "premi speciali"- Nota a Cass. 5 marzo 1992, n. 2669», GC, 1993, 2, p. I-494. (Diez-Picazo/Rodríguez).

532. LO CASCIO, Giovanni: «Il credito per IVA di ravalsa del professionista ed il privilegio che lo assiste-Nota a Cass. 13 novembre 1992, n. 12207», GC, 1993, 4, p. I-963. (Diez-Picazo/Rodríguez).

533. CONSOLO, C.: «Class actions fuori dagli USA?», RDC, 1993, núm. 5.º, parte primera, pp. 609-661.

Evolución funcional de las «class actions» en los Estados Unidos y ausencia de análogos fenómenos en Europa. Investigación preliminar en relación al tema de la tutela de los créditos de masa: función sustancial y estructura procesal mínima. (A.R.G.).

534. COTTA, S.: «La certezza del diritto. Una questione da chiarire», RDC, 1993, núm. 3.º, parte primera, pp. 316-326.

Análisis del valor de la certeza. De la certeza a la legalidad. El derecho y la paz. (A.R.G.).

535. CHIARLONI, S.: «Nuovi modelli processuali», RDC, 1993, núm. 2.º, parte primera, pp. 269-291.

Evolución de las disciplinas procesales. Nuevos modelos de justicia informal. Modelos procesales en vía de experimentación en la práctica italiana. Tendencia a la sumariedad del proceso ordinario. Difusión de formas de «autotutela ejecutiva», creciente éxito del arbitrio. (A.R.G.).

536. CHIZZINI, A.: «La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione», RDC, 1993, núm. 1.º, parte prima, pp. 86-110.

Posible abrogación del procedimiento de jurisdicción voluntaria por parte del juez que lo inicia, en la medida en que éste lo considere justificado. Estudio de la experiencia alemana y del parágrafo 18 FGG. (A.R.G.).

537. FERRERI, S.: «Uniformazione del diritto privato», RDC, 1993, núm. 2.º, parte seconda, pp. 259-292.

Proyectos de unificación legislativa en materia de propiedades especiales (literaria, industrial y fiduciaria), y en materia de obligaciones y contratos (agencia, títulos de crédito y pagos internacionales, transferencias internacionales y electrónica). (A.R.G.).

538. GIESBERTS, L.: «Rücknahmepflichten für gebrauchte Produkte», BB, 1993, pp. 1376-1381.

El artículo trata de analizar el contenido de los distintos proyectos normativos procedentes del Ministerio del Medio Ambiente alemán que pretenden resolver los problemas derivados del aprovechamiento, reducción y eliminación de los residuos electrónicos, las baterías, los coches y el papel que ya han sido utilizados. (M.P.G.R.).

539. GOSALBO BONO, R.: «L'élaboration du Droit communautaire dérivé, avant et après le Traité de Maastricht», GP, 1993, núms. 99-100, pp. 4-26.

Clasificación y naturaleza de los actos de Derecho derivado. Elaboración de la proposición normativa. Su modificación y adopción. El control jurisdiccional y político. Conclusiones generales. (Aranda/Sierra).

540. GROSSI, P.: «Assolutismo giuridico e diritto privato», RDC, 1993, núm. 3.º, parte primera, pp. 344-398.

Estudio de la obra de Saleilles, civilista francés del siglo XVIII. Su labor implica una toma de conciencia por parte de los civilistas franceses de los

fundamentales problemas metodológicos de la moderna ciencia del derecho privado. (A.R.G.).

541. HENKIN, L.: «Les droits économiques dans la Constitution américaine», RIDC, 1993, n.º 2, pp. 421-450.

El autor, dentro de la Constitución americana, estudia tanto el derecho de propiedad, como la expropiación y confiscación. (Aranda/Sierra).

542. IZZO, Nunzio: «Legittimità costituzionale della proroga biennale automatica in assenza del patto in deroga e connesse questioni interpretative-nota a C.cost. 21 luglio 1993, n. 323», GC, 1993, 10, p. I-2303. (Díez-Picazo/Rodríguez).

543. «Jurisprudence de la Corte de Versailles», GP, 1993, núms. 10-12, pp. 11-20.

Relación de decisiones emitidas por el Tribunal de Versailles durante los dos primeros tercios de 1992, en diversas materias (estado civil, arrendamiento, copropiedad, matrimonio, venta, etc.). (Aranda/Sierra).

544. LARRIBAU-TERNEYRE, V.: «Faut-il véglementer la médiation familiale?», SJ, 1993, núm. 6, I, 3649, pp. 65-71.

La mediación familiar como nuevo modo de solucionar conflictos entre padres e hijos. (Aranda/Sierra).

545. LAUFS, A.: «Die Entwicklung des Arzrechts 1992/93», NJW, 1993, pp. 1497-1506.

El artículo trata del desarrollo jurisprudencial, doctrinal y legislativo del Derecho médico durante 1992/1993, en aspectos tales como el Derecho médico y el honor profesional, comisiones éticas, interrupción del embarazo, análisis genético, trasplante de órganos, secreto médico, etc. (M.P.G.R.).

546. LOLLI, Alessandro: «Verso un'organizzazione privata del settore fieristico? Spunti comparati dall'ordinamento inglese», CI, 1993, 2, p. 744.

Contempla las nuevas tendencias doctrinales favorables a la privatización de los entes públicos destinados a la organización de ferias, muestras, congresos y exposiciones. (Díez-Picazo/Rodríguez).

547. MARQUIS, L.: «L'influence du modèle français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel», RIDC, 1993, núm. 3, pp. 577-618.

El autor analiza la influencia del derecho francés sobre el derecho de Quebec, desde una perspectiva histórica. (Aranda/Sierra).

548. MARRA, Luca: «Sul criterio di giudizio per valutare il carattere più favorevole di una disciplina collettiva-osservazione a Cass. 13 ottobre 1992, n. 11165», GC, 1993, 6, p. 1-1562. (Díez-Picazo/Rodríguez).

549. PALAZZO, A. Y OTROS: «Rassegna di giurisprudenza sulla legittimità costituzionale di norme privatistiche», NLCC, 1993, núm. 1, pp. 245-269.

Reseñas de jurisprudencia sobre la legitimidad constitucional de normas de Derecho privado sobre diversas materias. (R.D.R.).

550. DE PAULI, A.-CAMPEIS, G.: «Sull'accettazione della giurisdizione del giudice straniero da parte di cittadino italiano», LGCC, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte primera, pp. 366-377.

Anotaciones a la sentencia de apelación de Venecia de 24-6-1992 sobre derogación de la jurisdicción italiana. (A.R.G.).

551. PINTO, Gian Luca: «Qualcosa di antico e qualcosa di nuovo: rifiuto del lavoratore dequalificato di svolgere mansioni inferiori e possibilità di restare a casa-osservazione a Pret. Milano 12 gennaio 1993», GC, 1993, 5, p. 1-1359. (Díez-Picazo/Rodríguez).

552. PIZZOFERRATO, Alberto: «Natura giuridica delle quote di servizio: una svolta definitiva?-Nota a Cass. 28 maggio 1992, n. 6394», GC, 1993, 1, p. 1-101. (Díez-Picazo/Rodríguez).

553. PUGLIESE, G.: «Gino Gorla», RDC, núm. 1.º, parte prima, pp. 1-18.

Conferencia en conmemoración de Gino Gorla, desarrollada en la Academia Nazionale dei Lincei el 13 de febrero de 1993. Tal conferencia versa sobre la obra de Gino Gorla, uno de los juristas italianos más sobresalientes por sus estudios de derecho comparado. (A.R.G.).

554. RAVENNA, D. Y PAZZAGLIA, A.: «Rassegna dell'attività legislativa in corso su materie di interesse privatistico (Aggiornamento al 30 aprile 1993)», NLCC, 1993, núm. 4, pp. 955-963.

Reseñas de disposiciones normativas sobre diversas materias jurídico-privadas. (R.D.R.).

555. SALETTI, A.: «Disposizioni sull'efficacia di norme della legge 21 de novembre 1991, núm. 374, istitutiva del giudice di pace e della legge 26 novembre 1990, núm. 353, contenente provvedimenti urgenti per il processo civile (l. 4 dicembre, núm. 477)», NLCC, 1993, núm. 4, pp. 763-774.

Comentario concerniente a la eficacia de las normas de la Ley de 21 de noviembre de 1991, institutiva del juez de paz, y la posibilidad de que se le otorguen competencias en materia penal con el correspondiente procedimiento; analizando la posposición de su entrada en vigor, en relación con la de la Ley de 1990, relativa al procedimiento urgente para el proceso civil. (R.D.R.).

556. SCHMIDT, R.: «Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht», JZ, 1993, pp. 1086-1096.

Análisis de la jurisprudencia europea y alemana del Derecho del medio ambiente desde el 1-1-1991. (M.P.G.R.).

557. SIEHR, K.: «Handel mit Kulturgütern in der EWG», NJW, 1993, pp. 2206-2209.

La consecución del mercado único alimenta la sospecha de que la presión de los controles aduaneros dejará sin valor las disposiciones nacionales de protección de los bienes culturales en caso de traslado al extranjero. Por eso, el Consejo de la Comunidad Europea ha dictado un Reglamento y una Directiva sobre la protección de los bienes culturales nacionales ante exportaciones a países extracomunitarios o ante supuestos de comercio prohibido. (M.P.G.R.).

558. SILVESTRI, E.: «L'interruzione del processo in Cassazione», LGCC, 1993, núm. 4 (julio-agosto), parte primera, pp. 632-636.

Comentario a la sentencia de casación civil de 14-10-1992, n. 11195, sobre procedimiento civil. (A.R.G.).

559. STREINZ, R./HOHMANN, G.: «Die Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Lebensmittelrechts von 1990-1992», *JZ*, 1993, pp. 712-721.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas en el campo del Derecho alimentario de 1990 a 1992. (M.P.G.R.).

560. STROZZI, Girolamo-MASTROIANNI, Roberto: «La disciplina comunitaria delle trasmissioni televisive e la recente legislazione italiana», *FI*, 1993, 4, p. IV-142. (Díez-Picazo/Rodríguez).

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

561. ALTMEPPEN, H.: «Zur Rechtsnatur der Handelsrechtlichen Pfandrechte», en *ZHR* 157, 1993, pp. 541-558.

Estudio sobre la naturaleza jurídica de la prenda mercantil, en el que se defiende su construcción como derecho real limitado y su interpretación conforme al BGB. (I.G.P.).

562. BEUTHIEN, V.: «Zu zwei Mißdeutungen des § 25 HGB», *NJW*, 1993, pp. 1737-1741.

El autor trata de demostrar que las dos interpretaciones sobre el § 25 del HGB que impone al adquirente de una empresa la responsabilidad por las obligaciones anteriores de la sociedad, son erróneas. (M.P.G.R.).

563. BIANCO, R.: «Nota a Pret. Genova, ord. 21.9. 1992», *LGCC*, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte primera, pp. 331-335.

Sobre si la transformación de un periódico en suplemento de otro periódico, con conservación de los títulos, implica un acto de competencia desleal. (A.R.G.).

564. CAPRIGLIONE, Francesco: «Limiti di applicabilità della c.d. legge Amato. Il “caso” Mediocredito centrale-nota a C. conti 20 aprile 1993, n. 12 (determ.)», *GC*, 1993, 6, p. I-1710. (Díez-Picazo/Rodríguez).

565. CUCINOTTA, Antonio: «Il caso “Kodak”: l’antitrust nel “dopo-Chicago”? (Nota a Corte supr. Usa 8 giugno 1992)», *FI*, 1993, 3, p. IV-84. (Díez-Picazo/Rodríguez).

566. KLAWITTER, Ch.: «Telefonakquisition im gewerblichen Bereich verboten?», NJW, 1993, pp. 1620-1623.

La publicidad telefónica está sometida en el campo publicitario a limitaciones parecidas e igualmente profundas a las que tiene en el ámbito privado. El artículo trata de aclarar si dichas limitaciones son también válidas cuando la llamada telefónica es únicamente para concertar una cita para la visita de un representante. (M.P.G.R.).

567. OPPO, G.: «Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"», RDC, 1993, núm. 5.º, parte segunda, pp. 543-554.

Defensa de la competencia en el artículo 41 de la Constitución Italiana y en la Ley 1990, n. 287, de tutela de la competencia y del mercado. Comportamientos represivos. Naturaleza de las sanciones civiles: Acción de nulidad y rescarcimiento. Labor de la autoridad garante. Tutela cautelar. (A.R.G.).

568. PARDOLESI, Roberto: «Il caso Kodak e il monopolio da retrobottega (Nota a Corte supr. Usa 8 giugno 1992)», FI, 1993, 3, p. IV-88. (Díez-Picazo/Rodríguez).

569. RISTUCCIA, R.: «Il farmaco tra autorizzazioni amministrative e privative industriali», RDC, 1993, núm. 1.º, parte seconda, pp. 87-107.

Novedades legislativas en materia de fármacos en Europa y en Italia. Carencias y excesos en la protección de los fármacos; disputa sobre la patente químico-farmacéutica. (A.R.G.).

570. SARTI, D.: «Presupposti e poteri di intervento antitrust sulle concentrazioni bancarie nazionali», BBTC, 1993, núm. 5, parte seconda, pp. 483-499.

Comentario a la sentencia de la Banca de Italia de 5 de abril de 1993, n. 1, respecto a la prohibición de operaciones de concentración restrictivas de la competencia sobre una parte limitada del territorio nacional y el mercado bancario geográficamente relevante. (A.R.G.).

571. SCHERMI, Aldo: «In tema di toponimo utilizzato come marchio-nota a Cass. 23 gennaio 1993, n. 784», GC, 1993, 9, p. 1-2128. (Díez-Picazo/Rodríguez).

572. SPADA, P.: «La registrazione del marchio: i “requisiti soggettivi” tra vecchio e nuovo diritto (Uso imprenditoriale e appartenenza del marchio)», RDC, 1993, núm. 4.º, parte segunda, pp. 435-448.

Ejercicio de la empresa y de la patente por marca. El uso comercial de la marca en el nuevo artículo 22 de la ley especial y la legitimidad del merchandising. La función atractiva de la marca en el nuevo contexto normativo. Buena fe en la solicitud del registro y «pertenencia» de la marca. (A.R.G.).

573. VASALLO PALEOLOGO, Fulvia: «La nuova legge tedesca sul credito al consumo», CI, 1993, 2, p. 679.

Pone de manifiesto la necesidad de unificar los ordenamientos nacionales en materia de crédito al consumo y sistemas de financiación de conformidad con las directivas comunitarias n. 87/102 y n. 90/88. (Díez-Picazo/Rodríguez).

574. VERDIRAME, G.: «Successione nei contratti e divieto di concorrenza al termine dell'affitto d'azienda», LGCC, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte primera, pp. 1-12.

Comentario a la sentencia de Casación Civil de 20 de diciembre de 1991, n. 13762, sobre prohibición de competencia en caso de transferencia de la empresa. (A.R.G.).

575. ZIMMER, D.: «Die Werbung mit oder Gewährung von Niedrigzinssätzen Beim “B-Geschäft”- ein Verstoß gegen Par. 1 UWG, die Zugabeverordnung, das Rabattgesetz oder par. 15 GWB?», en ZHR 157, 1993, pp. 400-419.

Uno de los puntos discutidos en el Derecho de la competencia es el relativo a la licitud de una práctica muy extendida en el ámbito de publicidad de los automóviles, cual es ofrecer condiciones de financiación muy ventajosas. La doctrina, en general, no lo encuentra censurable desde el punto de vista de la competencia, si bien existen resoluciones judiciales que afirman la infracción de diversas normas, como la contenida en el párrafo 1 de la UWG, el 15 de la GWB, la reglamentación sobre ventas con regalo, o la Ley de rebajas. El autor examina el problema a la luz de las soluciones ofrecidas por el BGH en una sentencia de 6 de octubre de 1992. (I.G.P.).

2. DERECHO DE SOCIEDADES

576. ASTONE, F.: «In tema di fideiussione del socio in favore di una società in nome collettivo e di conversione del negozio nullo», *LGCC*, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 724-736.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Verona de 29-6-1991. (A.R.G.).

577. BAGLIONI, M. Y NOBILI, R.: «Società di investimento a capitale variabile», *NLCC*, 1993, núm. 6, pp. 1350-1376.

Análisis sistemático del decreto legislativo de 25 de enero de 1992, núm. 84, en ejecución de las directivas núm. 85/611/CEE, y núm. 88/220/CEE, relativas a los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, que operan en la forma de sociedad de inversión en capital variable. (R.D.R.).

578. BASILE, M.: «Recesso dalla cooperativa e controllo degli amministratori», *LGCC*, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte primera, pp. 197-205.

Anotaciones a la resolución de casación civil de 21-7-1992, n. 8802, sobre las cláusulas estatutarias que someten el abandono al control de los administradores. (A.R.G.).

579. BAUDER, W.: «Haftung des GmbH-Geschäftsführers», *BB*, 1993, pp. 2467-2474.

La responsabilidad de los directivos de una sociedad de responsabilidad limitada por culpa in contrahendo (sentencia del BGH de 1-3-1993) y por una solicitud de declaración de quiebra tardía (sentencia del BHG de 20-9-1993). (M.P.G.R.).

580. BEATER, A.: «Beratungsvergütungen für Aufsichtsratsmitglieder (p. 113, 114 AktG)», en *ZHR* 157, 1993, pp. 420-436.

El autor examina la relación entre los párrafos 113 y 114 de la AktG, relativos a la remuneración de los miembros del Consejo de Vigilancia. (I.G.P.).

581. BECHTOLD, R.: «Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts seit Anfang 1990», *NJW*, 1993, pp. 1896-1903.

El desarrollo del Derecho alemán de «cartels» desde comienzos de 1990. (M.P.G.R.).

582. BEUTHIEN, V./GATSCH, A.: «Einfluss Dritter auf die Organbesetzung und Geschäftsführung bei Vereinen, Kapitalgesellschaften und Genossenschaften», en ZHR 157, 1993, pp. 483-512.

Inciendiando de nuevo sobre el tema de la intervención de terceros en la organización de las personas jurídicas (ya considerado en ZHR 156, 1992, pp. 459-479), se profundiza en las facultades que se les pueda reconocer en Asociaciones, Sociedades de capital y cooperativas, así como la construcción jurídica de tales facultades desde el punto de vista del Derecho de obligaciones y del Derecho de sociedades. (I.G.P.).

583. BONTEMPI, P.: «Acquisizione societaria mediante procedimento di fusione e licità del c.d. leveraged buy-out nell'ordinamento giuridico italiano», LGCC, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte primera, pp. 115-127.

Comentario a la resolución del Tribunal de Milán de 14-5-1992 respecto a la licitud del leveraged buy-out. (A.R.G.).

584. BRUNETT, N.: «Convocazione dell'assemblea e provvedimenti cautelari d'urgenza», LGCC, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte primera, pp. 314-320.

Comentario a la sentencia de la Pretura de Voghera de 25-10-1991 respecto a la obligación de los administradores de convocar la asamblea de una sociedad, ex art. 2.367 del código civil. (A.R.G.).

585. BUSI, C. A.: «Sulla trasformabilità di una società cooperativa in associazione non riconosciuta», LGCC, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte primera, pp. 187-196.

Nota a las sentencias del Tribunal de Udine de 22-5-92 y del Tribunal de Trieste de 9-10-1992. Transformación entre sociedades pertenecientes a categorías diversas y límites externos a la aplicación del instituto. (A.R.G.).

586. CALVOSA, L.: «Morte del socio, clausola di riscatto delle azioni in favore dei soci superstiti e divieto dei patti successori», BBTC, 1993, núm. 6.º, parte segunda, pp. 637-639.

Comentario a la resolución de la Corte de Apelación de Roma de 28 de abril de 1992 en relación a la muerte del socio en las sociedades por acciones. (A.R.G.).

587. CANARIS, C. W.: «Die Haftung für fahrlässig Verletzungen der Konkursantragspflicht nach § 64 GmbHG», JZ, 1993, pp. 649-652.

La responsabilidad por incumplimiento negligente del deber de proposición de la quiebra según el § 64 de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada. Comentario a la sentencia del BGH de 1-3-1993. (M.P.G.R.).

588. CARBONE, PAOLO L.: «Organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (d. lgs. 25 gennaio 1992, núm. 83)», NLCC, 1993, núm. 1, pp. 146-175.

Análisis del decreto legislativo de 25 de enero de 1992, modificador e integrador de la disciplina nacional de los fondos comunes de inversión en valores mobiliarios, para coordinar su regulación con la legislación de las directivas de la CEE (núm. 85/611 y 88/220) y la primera ley comunitaria de 29 de diciembre de 1990, núm. 428, que establece un régimen jurídico armonizador de las normativas de los estados miembros. (R.D.R.).

589. CASADEI, D.: «Natura dell'art. 2323 cod. civ. e divieto di immistione», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 828-834.

Anotaciones a la resolución de casación civil de 28-11-92, n. 12732. Privación del poder de administración del único socio comanditario en una sociedad comanditaria simple. (A.R.G.).

590. CAVANNA, S.: «L'omologazione dell'atto costitutivo delle società di capitali», LGCC, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte segunda, pp. 69-77.

Naturaleza y función del procedimiento de homologación y poderes del juez. Desarrollo del juicio. Renuncia al recurso. Inscripción en el Registro de las empresas. Revocación del decreto de homologación. Homologación e ius superveniens. (A.R.G.).

591. CAVANNA, S.: «L'omologazione dell'atto costitutivo delle società di capitali», LGCC, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte segunda, pp. 233-253.

Sujetos, denominación, sede, domicilio de los socios, objeto social, capital, acciones y cuotas, administradores, asamblea, duración de la sociedad, cláusula compromisoria, renuncia del socio. (A.R.G.).

592. CENNI, Daniella: «Presidente di assemblea di società per azioni», *CI*, 1993, 2, p. 847.

Analiza la posición, funciones y naturaleza jurídica del cargo de presidente de la asamblea en la sociedad por acciones, criticando la falta de profundización en el estudio de esta figura. (Díez-Picazo/Rodríguez).

593. COLLA, O.: «La liquidazione della società per azioni», *LGCC*, 1993, núm. 4 (julio-agosto), parte segunda, pp. 285-304.

Inderogabilidad del procedimiento de liquidación; prohibición de nuevas operaciones a cargo de los administradores; nombramiento y revocación de liquidadores. (A.R.G.).

594. COLLEONI, A.: «Ancora sull'impugnabilità del decreto presidenziali di nomina dei liquidatori», *LGCC*, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte primera, pp. 100-111.

Comentario a la resolución de casación civil de 18-1-1992, n. 593. Impugnación del nombramiento de los liquidadores en la hipótesis de disolución de sociedades, por imposibilidad de funcionamiento de la asamblea. (A.R.G.).

595. DOLMETTA, A.: «La durata in carica "per un esercizio" dei primi "amministratori e sindaci" di società per azioni bancaria, nominati ex art. 12, lett. c), d. lgs. n. 356/1990», *BBTC*, 1993, núm. 6.º, parte primera, pp. 820-830.

Respuesta al problema práctico del vencimiento del cargo de los administradores e interventores nombrados en el acto constitutivo de una sociedad por acciones, derivada de la restructuración de una Caja de Ahorros. (A.R.G.).

596. EBENROTH, C. Th./MÜLLER, A.: «Die Abfindungsklausel im Recht der Personengesellschaften un der GmbH-Grenzen privatautonomer Gestaltung», *BB*, 1993, pp. 1153-1160.

Los autores estudian los límites a la validez de las cláusulas de indemnización por separación de socios en las sociedades de tipo personalista. (M.P.G.R.).

597. EBENROTH, Th./WILKEN, O.: «Zum Auskunftsrecht des Aktionärs im Konzern», *BB*, 1993, pp. 1818-1823.

El LG de Berlín, en decisión de 24-6-93 ha considerado que un accionista de Allianz Holding AC puede hacer valer un derecho de información

ante la asamblea general, cuando tenga una importante participación en otras sociedades que en el holding posean un mínimo de un 10 por 100 de las acciones con derecho a voto. Los autores analizan el significado de esta decisión.

Véase también la decisión de LG de Berlín de 26-8-93, comentada en BB, 1993, pp. 2036-2040 por los mismos autores. (M.P.G.R.).

598. FESTL-WIETEK, W.: «Bewertung von Sacheinlagen, Umwandlungen und Verschmelzungen bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung», BB, 1993, pp. 2410-2419.

El artículo plantea las cuestiones de valoración de las incorporaciones de capital a través de aportaciones en especie a una Sociedad de Responsabilidad Limitada. (M.P.G.R.).

599. FIGA-TALAMANCA, G.: «Direzione e “proprietá transiti-va” del controllo di società», RDC, 1993, núm. 3.º, parte segunda, pp. 333-359.

Relaciones de control entre sociedades en la nueva legislación mercantil y la propagación de tal control en los diversos campos normativos. Análisis del artículo 2.359 del Código Civil, introducido por el artículo 6 de la Ley 216 de 1974. (A.R.G.).

600. FORMICA, Paolo: «Rappresentanza di società per azioni: amministratori e apparenza del diritto (Nota a Cass. 12 ottobre 1992, n. 11115)», FI, 1993, 6, p. I-1914.

Comentario y crítica a la sentencia de la Corte de Casación de 12 de octubre de 1992, n. 11115, en la que se afirma que no son eficaces respecto de la sociedad por acciones los actos negociales realizados por un dependiente no administrador de la misma. (Díez-Picazo/Rodríguez).

601. GRECO, R.: «Sulle rimesse in conto corrente», LGCC, 1993, núm. 4 (julio-agosto), parte primera, pp. 507-516.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 2-11-1992 en relación con una sociedad sujeta a administración extraordinaria. (A.R.G.).

602. GRUNEWLAD, B.: «Die Haftung von Organmitgliedern nach Deliktsrecht», en ZHR 157, 1993, pp. 451-463.

Dos resoluciones del BGH del año 1990 han puesto de actualidad el tema de la responsabilidad de los miembros de los órganos sociales en caso de daños causados por la sociedad como persona jurídica. La autora pone

de relieve los presupuestos necesarios para afirmar la responsabilidad de dichos miembros en concurrencia con la de la propia persona jurídica. (I.G.P.).

603. GUACCERO, Andrea: «*La società europea a confronto con la società per azioni italiana a seguito dell'attuazione delle direttive CEE*», GC, 1993, 5, p. II-237.

En atención a la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la CEE en materia de derecho societario, se analiza la historia, constitución, gestión, etc., de la sociedad europea, confrontándola a la sociedad por acciones italianas. Como resultado de este estudio se presenta a la sociedad europea como un instrumento flexible, en grado de superar cualquier barrera psicológica, al servicio de la integración económica del mercado europeo. (Díez-Picazo/Rodríguez).

604. GUAGLIANONE, Luciana: «*Cessione del pacchetto azionario di controllo e trasferimento d'azienda*», RTDPC, 1993, 2, p. 661.

La autora analiza el diferente tratamiento jurisprudencial que recibe la transmisión de la propiedad de la empresa, por un lado, y la cesión del paquete de acciones que implica el control de la empresa, por otro. (Díez-Picazo/Rodríguez).

605. HAACK, H.: «*Der Beirat der GmbH & Co. KG*», BB, 1993, pp. 1607-1611.

El autor plantea algunas cuestiones sobre el Consejo de Administración facultativo de una GmbH & Co. KG (tipo de sociedad comanditaria cuyo socio colectivo es una sociedad de responsabilidad limitada), sus competencias, funciones, constitución, etc. (M.P.G.R.).

606. IMMENGA, U.: «*Privatisierung durch Gesellschaftsrecht: Die Treuhandanstalt*», NJW, 1993, pp. 2471-2476.

Privatización a través del Derecho de sociedades: la entidad fiduciaria. Este trabajo da una visión general de los problemas societarios que se presentan en relación con las tareas de privatización de la entidad fiduciaria. Analiza cuestiones como la organización de la privatización, los límites a la privatización en el mercado y la responsabilidad de la entidad. (M.P.G.R.).

607. LAMANDINI, M.: «Nuove applicazioni giurisprudenziali in tema di gruppi di società», BBTC, 1993, núm. 5.º, parte segunda, pp. 517-529.

Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 13 de febrero de 1992, n. 1759, y a la resolución del Tribunal de Milán de 12 de junio de 1992 en materia de grupos de sociedades. (A.R.G.).

608. LUCCHINI, E.: «Sull'applicabilità del privilegio di cui all'art. 2751 bis, n. 2, cod. civ. alle società di revisione contabile», LGCC, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte primera, pp. 303-309.

Comentario a la resolución de casación civil de 14-4-1992, n. 4549. Ámbito de aplicación del privilegio general sobre muebles del art. 2751 bis, n. 2, del Código Civil. (A.R.G.).

609. LUTTER, M.: «Zur persönlichen Haftung des Geschäftsführers aus deliktischen Schäden im Unternehmen», en ZHR 157, 1993, pp. 464-482.

El autor incide en el problema de la responsabilidad personal de los miembros de personas jurídicas, mostrándose restrictivo en cuanto a su afirmación, y exigiendo como presupuestos que el daño sea consecuencia directa de una acción u omisión antijurídica de los que conforman los órganos de la persona jurídica, sin perjuicio de la responsabilidad que les incumba en el ámbito interno. (I.G.P.).

610. MARCHETTI, Piergaetano: «Osservazioni sulla riforma della disciplina delle azioni di banche popolari», CI, 1993, 1, p. 80.

Comenta los problemas que surgen de la aplicación de la Ley 207/1992 sobre inversión en títulos de la banca pública. (Díez-Picazo/Rodríguez).

611. DI MARIO, Roberto: «Associazioni e società tra professionisti intellettuali-Nota a Cass. 13 maggio 1992, n. 5656», GC, 1993, 3, p. 1-713. (Díez-Picazo/Rodríguez).

612. MIOLA, M.: «Osservazioni a Trib. Milano 30 settembre 1991, in tema di garanzie intragrupo», BBTC, 1993, núm. 6.º, parte segunda, pp. 678-684. (A.R.G.).

613. MONTAGNANI, C.: «Profili attuali della riduzione del capitale sociale», RDC, 1993, núm. 1.º, parte seconda, pp. 1-86.

Estudio de diversas cuestiones relacionadas con la reducción del capital social: tipicidad de las operaciones de capital, reducción por el artículo

2343 del Código Civil, reducción posterior al abandono del socio, reducción obligatoria, responsabilidad de los administradores. (A.R.G.).

614. MUNCH, J.: «Die Sicherungsdienstbarkeit zwischen Gewerberecht und Kartellrecht», en ZHR, 157, 1993, pp. 559-599.

La constitución de servidumbres personales como forma de asegurar el cumplimiento de pactos de exclusiva parece una práctica extendida, que se traduce, en caso de incumplimiento, en prohibir al titular del establecimiento lo que le sería lícito (el ejercicio de determinadas actividades), o en una prestación a favor del titular de la servidumbre. El autor examina los límites que puedan derivarse del derecho al libre comercio y del Derecho de la competencia. (I.G.P.).

615. NATTA, C.: «Questioni in tema di valutazioni dei titoli in bilancio e di diritto all'impugnativa del socio», LGCC, 1993, núm. 3 (mayo-junio), parte primera, pp. 473-481.

Nota a la sentencia de casación civil de 4-2-1992, n. 1211, en relación con el balance de las sociedades. (A.R.G.).

616. NOBILI, R.: «La nuova struttura del bilancio bancario —I principi giuridici», BBTC, 1993, núm. 5.º, parte primera, pp. 574-601.

Fuentes y características generales de la nueva disciplina, jerarquía de las fuentes. Claridad, verdad y corrección del balance, criterios para la redacción de las cuentas del balance. El patrimonio neto. El fondo para riesgos bancarios generales. (A.R.G.).

617. OPPO, G.: «Società, contratto, responsabilità», RDC, 1993, núm. 2.º, parte seconda, pp. 184-191.

Sociedad unipersonal y empresa individual: contenido y límites de la disciplina societaria. De la constitución unipersonal a la sociedad pluripersonal. Responsabilidad del único accionista. (A.R.G.).

618. PELLECCIA, Enza: «Responsabilità solidale di amministratori e sindaci di società per azioni», CI, 1993, 2, p. 436.

Trata del giro producido en la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad solidaria de los síndicos y administradores de la sociedad por acciones, a partir de la sentencia de la Corte di Cassazione n. 2361 de 9 de marzo 1988. (Díez-Picazo/Rodríguez).

619. PELLOTTIERI, M.: «Le operazioni di concentrazione nella prima prassi decisionale della Commissione CEE», LGCC, 1993, núm. 4 (julio-agosto), parte segunda, pp. 305-319.

Noción de concentración, tipos de operaciones, dimensión comunitaria. (A.R.G.).

620. PONTI, L.: «Nota a Cass., 29-1-1993, n. 1168», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 719-723.

Régimen de administración controlada en una sociedad, declaración de quiebra posterior y crédito hipotecario anterior a la admisión de la administración controlada. (A.R.G.).

621. PORTALE, G.: «Trasformazioni e fusioni ex art. 41, comma 2.º, d. lgs. n. 481/1992, il problema dei quorum assembleari», BBTC, 1993, núm. 4.º, parte segunda, pp. 407-410.

Comentario a la sentencia de la Corte de apelación de Cagliari de 15 de mayo de 1993 y sentencia del Tribunal de Sassari de 12-13 de mayo de 1993, sobre transformación y fusión de sociedades. (A.R.G.).

622. PUCCI, Paola: «Ai fini dell'applicabilità della clausola contrattuale il trasferimento del pacchetto azionario è equiparabile alla locuzione "trasferimento di proprietà dell'azienda"?-nota a Cass. 25 marzo 1992, n. 3693», GC, 1993, 11, p. I-2776. (Díez-Picazo/Rodríguez).

623. DI SABATO, Franco: «Le società», RTDPC, 1993, 4, p. 1227.

En este estudio se trata especialmente de las consecuencias que produce en la sociedad la muerte de un socio administrador cuando la administración, aun siendo colegial, se ha confiado a algunos de los socios. (Díez-Picazo/Rodríguez).

624. SCODITTI, Enrico: «Il caso Farmitalia fra "leveraged buy-out" ed acquisto di azioni proprie per interposta persona (Nota a Trib. Milano 30 giugno 1992)», FI, 1993, 3, p. II-168.

Estudia detenidamente el supuesto de adquisición por la sociedad de acciones propias mediante una persona interpuesta que actúa en beneficio de aquélla. (Díez-Picazo/Rodríguez).

625. SCHMIDT, K.: «Handelsrechtliche Erbenhaftung als Bestandteil des Unternehmensrechts», ZHR, 157, 1993, pp. 600-620.

Estudios sobre la interpretación de los párrafos del HGB (27 y 25), que disciplinan la posible responsabilidad personal del heredero del socio por deudas de la sociedad. (I.G.P.).

626. SISINNI, P.: «Brevi note in tema di beneficium excussionis», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 819-828.

Comentario a la sentencia de casación civil de 26-6-1992, n. 8011. Beneficio de excusión del socio y declaración de quiebra de la sociedad colectiva. (A.R.G.).

627. STELLA RICHTER jr., Mario: «In tema di modificabilità del progetto di fusione in sede di deliberazione assembleare di approvazione- Osservazione a Trib. Potenza 21 maggio 1992», GC, 1993, 3, p. 794. (Díez-Picazo/Rodríguez).

628. VOLLMER, L.: «Der Europäische Verein», en ZHR, 157, 1993, pp. 373-399.

El autor examina la Propuesta de Reglamento de la Comisión de la CEE sobre el estatuto de una Asociación Europea, que se acompaña de Recomendaciones sobre estatutos de sociedades mutuas y cooperativas. Estos proyectos ofrecen ventajas e inconvenientes, que el autor analiza desde una perspectiva crítica, poniendo en duda su necesidad. (I.G.P.).

629. WEIPERT, L.: «Zum Problem der Bedingungskongruenz im Verhältnis zwischen Publikums-Kommanditgesellschaft, Treuhandkommanditist und Kapitalanleger», en ZHR, 157, 1993, pp. 513-518.

Relaciones entre la sociedad comanditaria abierta, el socio comanditario fiduciario y la situación del capital. (I.G.P.).

630. WELLKAMP, L.: «Risikobegrenzung in der Unternehmer-BGB-Gesellschaft», NJW, 1993, pp. 2715-2718.

Las fronteras del riesgo en las sociedades empresariales sometidas al BGB. (M.P.G.R.).

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO

631. FLORIDIA, Giorgio: «*Publicità in materia finanziaria*», *CI*, 1993, 1, p. 363.

Se estudia la información y la publicidad en la oferta al público de valores mobiliarios, resumiendo las posturas doctrinales que se emitieron en el Convenio organizado en Pavía en 1991 por el instituto di Ricerca Internazionale, bajo el título «Publicidad: cómo orientarse entre permisos y producciones en Italia y en Europa». (Diez-Picazo/Rodríguez).

632. INZITARI, B. Y OTROS: «*Provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio (d.l. 3 maggio 1991, núm. 143, nel testo coordinato con l. di conv. 5 luglio 1991, núm. 197)*», *NLCC*, 1993, núm. 5, pp. 965-1111.

Análisis de las medidas urgentes para evitar el blanqueo de dinero, mediante la regulación de la actividad de los intermediarios financieros y el control de los diferentes medios de pago; en relación con la normativa internacional. (R.D.R.).

633. MAMMONE, Giovanni: «*Tardiva iscrizione al ruolo dell'agente di commercio e nullità del contratto di agenzia-Nota a Trib. Milano 16 giugno 1992*», *GC*, 1993, 2, p. I-528. (Diez-Picazo/Rodríguez).

634. SALJE, P.: «*Zivilrechtliche und strafrechtliche Verantwortung des Betriebsbeauftragten für Umweltschutz*», *BB*, 1993, pp. 2297-2306.

Responsabilidad civil y penal de los comisionados de las empresas para la protección del medio ambiente. (M.P.G.R.).

635. VOGT, S.: «*Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in den Jahren 1989 bis 1993*», *NJW*, 1993, pp. 2845-2853.

El desarrollo del Derecho de la competencia en los años 1989 a 1993. (M.P.G.R.).

4. CONTRATOS MERCANTILES

636. BAUER, G.: «Die Rechtsprechung zu den Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB) im Jahre 1992», NJW, 1993, pp. 1302-1308.

La jurisprudencia sobre condiciones generales de los contratos de seguro de protección jurídica en el año 1992. (M.P.G.R.).

637. DEL BENE, F.: «Spunti critici in tema di cointestazione congiunta di assegno bancario non trasferibile», BBTC 1993, núm. 6.º, parte segunda, pp. 688-700.

Anotación a la resolución del tribunal de Brindisi de 22 de abril de 1991 respecto a cheques bancarios no transferibles. (A.R.G.).

638. BIANCA, C.: «Brevi notazioni sulla mediazioni tra codice e legge speciale», RDC, 1993, núm. 3.º, parte segunda, pp. 399-401.

Esfuerzo de coordinación entre las nuevas normas sobre mediación existentes en la ley especial de 1989 y la antigua regulación del Código. (A.R.G.).

639. BIN, Marino: «Informazione e contratto di assicurazione», RTDPC, 1993, 3, p. 727.

Se analiza el derecho y la obligación de informar en el contrato de seguro y su elaboración jurisprudencial, como medio de conseguir la transparencia de las condiciones generales y la correspondiente protección del asegurado-consumidor. (Diez-Picazo/Rodríguez).

640. BONTEMPI, P.: «La responsabilità del banchiere nell'ambito della negoziazione e del rimborso di titoli obbligazionari», LGCC, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte primera, pp. 321-330.

Comentario a la resolución de la casación civil de 15-4-1992, n. 4571. Responsabilidad del banco en materia de títulos de crédito. (A.R.G.).

641. BUB, W. R.: «Das 4. Mietrechtsänderungsgesetz», NJW, 1993, pp. 2897-2903.

Este artículo expone de manera crítica las principales novedades que para la práctica jurídica resultan de la 4.ª Ley de modificación de los contratos de arrendamiento que entró en vigor el 1-9-1993. (M.P.G.R.).

642. CAPONE, Antonella: «Diritti doganali, polizza fideiussoria e azione di regresso (Osservaz. a Cass. 15 gennaio 1993, n. 500)», *FI*, 1993, 3, p. I-760.

La autora critica la posibilidad de ejercitar una acción subrogatoria o de regreso por la entidad aseguradora del pago periódico de las tasas aduaneras contra el propietario de las mercancías. (Díez-Picazo/Rodríguez).

643. CAPRIGLIONE, F.: «Prime riflessioni sul recepimento della seconda direttive CEE in materia bancaria», *BBTC*, 1993, núm. 4.º, parte primera, pp. 437-464. (A.R.G.).

644. CARINGELLA, Francesco: «L'art. 2 delle norme bancarie uniformi in Cassazione: niente di nuovo sul fronte delle cassette di sicurezza (Nota a cass. 12 maggio 1992, n. 5617 e 7 maggio 1992, n. 5421)», *FI*, 1993, 3, p. I-880.

Estudia la aplicación jurisprudencial de la ley sobre el contrato de cajas de seguridad bancarias y la responsabilidad limitada de la entidad. (Díez-Picazo/Rodríguez).

645. CASO, Roberto: «I meccanismi triangolari del "Leasing alla francese": Riflessi della risoluzione della vendita sul contratto di "Crédit-bail" (Nota a Cass. 21 giugno 1993, n. 6862)», *FI*, 1993, 7-8, p. I-2157.

Distribución de los riesgos inherentes al incumplimiento o cumplimiento inexacto por parte del deudor del contrato de leasing. (Díez-Picazo/Rodríguez).

646. CONTINO, E.: «Responsabilità della banca per la custodia dei beni immessi in cassette di sicurezza», *BBTC*, 1993, núm. 4.º, parte segunda, pp. 465-472.

Comentario a la resolución del tribunal de Roma de 5 de octubre de 1990 sobre responsabilidad del banco respecto a las cajas de seguridad. (A.R.G.).

647. COSTANZA, María: «Contratto di garanzia e diritti di regresso della banca controgarante-nota a Cass. 18 novembre 1992, n. 12341», *GC*, 1993, 6, p. I-1538. (Díez-Picazo/Rodríguez).

648. COSTI, Renzo: «Informazione e contratto nel mercato finanziario», RTDPC, 1993, 3, p. 719.

Se estudia la obligación de informar y el derecho a la información como medio de lograr la transparencia en el mercado financiero y mobiliario. (Díez-Picazo/Rodríguez).

649. CHINÉ, Giuseppe: «Trasporto di persone e responsabilità del gestore di impianti di risalita-nota a Cass. 13 gennaio 1993, n. 356», GC, 1993, 9, p. I-2134. (Díez-Picazo/Rodríguez).

650. CHINÉ, Giuseppe-MILIANO, Giuseppe: «Natura giuridica del contratto di abbonamento alle cassette di sicurezza tra disciplina legale e convenzionale: art. 2 delle norme bancarie unoforimi e problemi di tutela del contraente debole», GC, 1993, 4, p. II-157.

El autor denuncia, partiendo del análisis del contrato de servicio de caja de seguridad, cuya proximidad con el depósito se cuestiona, los problemas que, en atención a la protección del contratante débil suscitan los contratos bancarios considerados como contratos de adhesión. (Díez-Picazo/Rodríguez).

651. CHIONNA, V.: «L'abrogazione dell'art. 2, terzo comma, della legge bancaria», BBTC, 1993, núm. 5.º, parte primera, pp. 628-645.

Sobre la suerte del párrafo 2.º del art. 2 de la Ley Bancaria. Aspectos de técnica legislativa. Incompatibilidad entre el Decreto Legislativo 481/1992 y la disposición del párrafo 3.º del artículo 2 de la Ley Bancaria, relativa a la prohibición de usar denominaciones particulares reservadas a los entes crediticios. (A.R.G.).

652. DEHNER, W.: «Inhaltskontrolle allgemeiner Versicherungsbedingungen», NJW, 1993, pp. 2961-2966.

El presente trabajo trata, en conexión con una decisión del BGH, la cuestión de cómo repercute en la estabilidad de un contrato de seguro médico el inicio de la incapacidad laboral, de qué modo puede el tomador del seguro exigir el premio del mismo, y bajo qué presupuestos el asegurador, que no conocía la incapacidad laboral, puede reclamar su devolución. En relación con todo ello se reflexiona sobre algunas preguntas generales sobre el control del contenido de las condiciones generales de los contratos de seguro, especialmente sobre los presupuestos de una reclamación a tenor del § 8 de la AGB G. y la admisibilidad de una interpretación conjunta del contrato. (M.P.G.R.).

653. DONZELLA, A.: «Sul contratto di assicurazione “di sicurezza sanitaria”», *LGCC*, 1993, núm. 4 (julio-agosto), parte primera, pp. 517-522.

Comentario a la sentencia de casación civil de 20-8-1992, n. 9689, sobre contrato de seguro. (A.R.G.).

654. IZZO, Nunzio: «Rivalutazione monetaria dei crediti previdenziali e interessi legali-Osservazione a C. cost. 19 ottobre 1992, n. 394», *GC*, 1993, 3, p. I-600. (Díez-Picazo/Rodríguez).

655. FALABELLA, Massimo: «Divieto del patto commissorio lease back», *GC*, 1993, 2, p. II-89.

Se estudia, partiendo de la prohibición del pacto comisorio y de las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, la licitud del contrato de lease back. (Díez-Picazo/Rodríguez).

656. FANTAUZZI, Raimondo: «Il leasing a cospetto delle Sezioni unite, ovvero repetita adiuvant?-Nota a Cass. sez. un. 7 gennaio 1993, n. 65», *GC*, 1993, 5, p. I-1206. (Díez-Picazo/Rodríguez).

657. GAMBARO, A.; GIARDINA, A.; PONZANELLI, G. Y OTROS: «Convenzione relativa alla legge sui trust ed al loro riconoscimento», *NLCC*, 1993, núm. 6, pp. 1211-1349.

Comentario a la Convención de La Haya de 1 de julio de 1985, recogida en la Ley 16 de octubre de 1989, núm. 364, sobre «trust»; su impacto y adaptación a la normativa italiana, y los problemas de elección de la ley reguladora entre las normas de conflicto de Derecho internacional privado. (R.D.R.).

658. GATTI, Serafino: «Monti di credito su pegno: responsabilità per la custodia degli oggetti e sua limitazione», *GC*, 1993, 5, p. II-255.

Estudia la obligación de custodia de las cosas muebles dadas en prenda a favor de *I monti di credito*, la responsabilidad del mismo en caso de daño provocado por caso fortuito o fuerza mayor, la estimación del daño y el resarcimiento del mismo. (Díez-Picazo/Rodríguez).

659. DI GIOVINE, O.: «Dalla vecchia alla nuova formulazione; l'incaricato di un pubblico servizio nell'attività bancaria», *BBTC*, 1993, núm. 5.º, parte segunda, pp. 555-561.

Nota a la resolución de la Corte de Apelación de Bolonia de 9 de abril de 1992 sobre la atribución de la calificación de encargado de servicio público. (A.R.G.).

660. GORGONI, Marilena: «Sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali alla luce del d.l.g. n. 50/1992», *CI*, 1993, 1, p. 152.

Analiza el decreto legislativo de 15 de enero de 1992, que adapta el derecho italiano a la directiva de la CEE núm. 85/577, referente a la tutela de los consumidores en los supuestos de contratos negociados fuera de los locales comerciales. (Díez-Picazo/Rodríguez).

661. GUERRERA, F.: «Sugli obblighi della banca mandataria per l'incasso nei casi di smarrimento del titolo», *BBTC*, 1993, núm. 4.º, parte segunda, pp. 414-419.

Anotaciones a la resolución de la Corte de Apelación de Venecia de 22 de noviembre de 1991 sobre responsabilidad del banco por daños. (A.R.G.).

662. IRRERA, M.: «Mediazione», *RDC*, 1993, núm. 2.º, parte seconda, pp. 251-258.

Reflexiones generales, calificación, requisitos y disciplina de la relación contractual de mediación. Profesión de mediador. (A.R.G.).

663. JADODZINSKI, W./RAISER, Th./RIEHL, J.: «Rechtsschutzversicherung und Streitverhalten», *NJW*, 1993, pp. 2769-2775.

Se trata de un artículo basado en la investigación empírica encargada por el Ministerio de Justicia alemán sobre los seguros de protección jurídica y los comportamientos conflictivos de los asegurados. (M.P.G.R.).

664. JARACH, A.: «Autenticazione di firma apposta su vaglia cambiario di importo superiore a dieci milioni di lire e responsabilità del notario», *LGCC*, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte primera, pp. 271-279.

Comentario a la sentencia de casación civil de 27-3-1992, n. 3804. Pago de un giro bancario no transferible del Banco de Italia a persona distinta del titular del derecho. (A.R.G.).

665. LANGHEID, Th./MÜLLER-FRANK, Ch.: «Rechtsprechung-sübersicht zum Versicherungsvertragsrecht 1992/1993», NJW, 1993, pp. 2652-2664.

Breve repaso a la doctrina jurisprudencial del Derecho de seguros de 1992-1993. (M.P.G.R.).

666. DE MARZO, Giuseppe: «Danno morale e limiti oggettivi alla surroga dell'assicuratore (Nota a Cass. 20 giugno 1992, n. 7577)», FI, 1993, 11, p. I-3134.

Estudia el tema de la responsabilidad del ente asegurador por los daños sufridos por el asegurado, debido a la actuación de un tercero sobre un bien no cubierto por el seguro, cuando no se delimitan claramente el origen del daño con el real objeto de la cobertura. (Díez-Picazo/Rodríguez).

667. MASTRORILLI, Annachiara: «Solidarietà fideiussoria: sul difficile raccordo tra accessorietà ed autonomia processuale (Nota a Cass. 4 ottobre 1991, n. 10398)», FI, 1993, 3, p. I-932. (Díez-Picazo/Rodríguez).

668. MILIANO, Giuseppe: «Osservazioni in tema di engineering-Nota a Cass. 13 maggio 1992, n. 5656», GC, 1993, 5, p. 1287. (Díez-Picazo/Rodríguez).

669. MONTEODORO, G.: «L'apertura delle cassette di sicurezza tra autonomia privata, interesse fiscale e controllo giurisdizionale», BBTC, 1993, núm. 4.º, parte segunda, pp. 473-476.

Nota a la sentencia de la Pretura de Torino de 21 de marzo de 1991 en materia de apertura de cajas de seguridad. (A.R.G.).

670. NAPPI, F.: «Burgsxchaft (e fideiussione) "a prima richiesta" tra diritto comune e disciplina delle condizioni generali di contratto», BBTC, 1993, núm. 5.º, parte segunda, pp. 534-545.

Anotaciones a las sentencias de 5 de julio de 1990 y de 12 de marzo de 1992 del BGH. (A.R.G.).

671. DE NOVA, G.: «Le "altre attività"; le operazioni di prestito e di leasing nell'attuazione della 2.ª direttiva», BBTC, 1993, núm. 4.º, parte primera, pp. 429-436.

Cuadro normativo actual: las operaciones de préstamo y de leasing. La disciplina general de los intermediarios financieros en la ley anticiclaggio; el factoring; el crédito al consumo; el leasing. El decreto legislativo de

recepción de la 2.^a Directiva; el artículo 5 y los reenvíos expresos; la normativa existente y la recepción de la 2.^a Directiva: problemas de coordinación. (A.R.G.).

672. PANZARINI, G.: «Il forfaiting: la funzione specie nel mercato internazionale, la tecniche, la qualificazione», BBTC, 1993, núm. 6.º, parte primera, pp. 769-790.

Intervención desarrollada en el convenio «La banca y los nuevos contratos», organizado por el Assbank en Milán los días 17-18 de octubre de 1991, en relación con el forfaiting. (A.R.G.).

673. PARDOLESI, Roberto: «Recondite (dis)armonie: appunti (e dubbi), in chiave comparativa, sulla nuova disciplina del contratto d'agenzia (Nota a Cass. 19 agosto 1992, n. 9675)», FI, 1993, 2, p. I-430.

Realiza un estudio de la nueva legislación italiana reguladora del contrato de agencia, en conformidad con la directiva de la Comunidad Económica Europea 86/653, a través del estudio comparado del derecho francés y alemán. (Díez-Picazo/Rodríguez).

674. PATTI, Salvatore: «La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazione», CI, 1993, 1, p. 71.

Comenta la directiva de 5 de abril de 1993, dictada con el fin de unificar el derecho de los Estados miembros sobre cláusulas abusivas de los contratos realizados con los consumidores. (Díez-Picazo/Rodríguez).

675. PISANI, L.: «Osservazioni a Cass. 3 aprile 1992, n. 4087, Trib. Milano 6 aprile 1992, Trib. Catania 13 aprile 1992, Trib. Milano 21 maggio 1992, Trib. Milano 25 maggio 1992, Trib. Milano 4 giugno 1992, Trib. Napoli 23 ottobre 1992 in tema di responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile a soggetto diverso dal prenditore», BBTC, 1993, núm. 6.º, parte segunda, pp. 627-633. (A.R.G.).

676. PITTEr, P.: «Sulla individuazione del know how e sulla sua tutela», LGCC, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte primera, pp. 179-186.

Comentario a la sentencia de casación civil de 20-1-92, n. 659 en relación al contrato de «know how». (A.R.G.).

677. POLETTI, Dianora: «Surroga assicurativa e danno morale: un ripensamento del Supremo collegio (Nota a Cass. 20 giugno 1992, n. 7577)», *FI*, 1993, 11, p. I-3139.

Profundiza sobre el derecho de subrogación en las acciones del asegurado contra el tercero causante del daño, cuando la indemnización no se corresponde con el daño cubierto por la aseguradora. (Díez-Picazo/Rodríguez).

678. PORZIO, M. Y OTROS: «Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari», *NLCC*, 1993, núm. 5, pp. 1124-1197.

Comentario a la Ley 17 de febrero de 1992, núm. 154, sobre el establecimiento de medidas obligatorias, que deben tomarse en los contratos mercantiles celebrados con entidades bancarias y financieras, para asegurar la transparencia de sus servicios y operaciones. (R.D.R.).

679. PRESTI, G.: «La banca e l'obbligo di riferire nella normativa "antiriciclaggio" (Art. 5, comma 2.º, L. 197/1991)», *BBTC*, 1993, núm. 6.º, parte primera, pp. 809-819.

Intervención desarrollada en el convenio sobre «Money laundering: normas y técnicas de prevención y de represión en Italia y en el Reino Unido», en la Universidad Católica del S. Cuore los días 11-12 de mayo de 1992. Obligación, impuesta por el párrafo 2.º del art. 5 de la ley antiriciclaggio a determinados sujetos entre ellos los bancos), de relacionar al Ministerio del Tesoro las infracciones cometidas a las disposiciones de los párrafos 1.º y 2.º del art. 1, de las cuales tengan noticia por sus tareas de servicio y dentro de los límites de sus atribuciones. (A.R.G.).

680. RADICATI DI BROZOLO, L.: «L'Italia ed il mercato unico dei servizi bancari. (Un primo esame delle norme di attuazione della seconda Direttiva bancaria)», *BBTC*, 1993, núm. 4.º, parte primera, pp. 465-487.

Principios fundamentales de la 2.ª Directiva bancaria, la 2.ª Directiva como fuente indirecta de la modernización del ordenamiento bancario italiano. El inicio de la actividad en Italia por parte de los bancos comunitarios mediante establecimiento secundario o el régimen de prestación de servicios. La extensión a los bancos comunitarios de ventajas derivadas de las leyes especiales. La actividad de los bancos italianos en otros países comunitarios. (A.R.G.).

681. ROSSI, F.: «*Profili giuridici del mercato degli swaps di interessi e di divise in Italia*», BBTC, 1993, núm. 5.º, parte primera, pp. 602-627.

Tipos de swaps, definición de los elementos comunes a la tipología. Problemática conectada con la calificación del contrato, atipicidad del mismo, posible reconducción a una especie de permuta financiera. Confrontación con la experiencia extranjera: Francia, Alemania y Reino Unido. Los swaps como valores mobiliarios, actividad de intermediación mobiliar. (A.R.G.).

682. ROSSI, Roberto: «*Obblighi di informazione e responsabilità del "broker"* (Nota a app. Bologna 18 luglio 1992)», FI, 1993, 2, p. I-577.

Estudia la naturaleza jurídica y contenido del contrato atípico de «broker», así como la responsabilidad contractual del agente financiero. (Díez-Picazo/Rodríguez).

683. ROTH, W. H.: «*Die Vollendung des europäischen Binnenmarktes für Versicherungen*», NJW, 1993, pp. 3028-3033.

El presente artículo hace un repaso del mercado europeo interior en materia de seguros. (M.P.G.R.).

684. DI SABATO, F.: «*Il gruppo polifunzionale nella cooperazione di credito: aspetti giuridici*», BBTC, 1993, núm. 4, parte primera, pp. 417-428.

Relación escrita para un convenio desarrollado en Madrid los días 18 y 19 de octubre de 1991. Concepto correspondiente al fenómeno actual de «grupo» y características relevantes del modelo legal de grupo bancario. (A.R.G.).

685. SALANITRO, N.: «*La responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza*», BBTC, 1993, núm. 4.º, parte segunda, pp. 382-389.

Comentario a las sentencias de la Corte de Casación de 7 de mayo de 1992, n. 5421, y de 12 de mayo de 1992, n. 5617, sobre obligaciones de los bancos. (A.R.G.).

686. SALANITRO, N.: «La direttiva comunitaria sulle “clausole abusive” e la disciplina dei contratti bancari», BBTC, 1993, núm. 5.º, parte primera, pp. 545-554.

Relación desarrollada en el Convenio sobre «Las nuevas condiciones generales de contratos a la luz de la Directiva de la CEE, n. 93/13» en Milán, los días 25-26 de mayo de 1993. (A.R.G.).

687. SANTINI, R.: «La contabilizzazione dei contratti di leasing», LGCC, 1993, núm. 1 (enero-febrero), parte primera, pp. 11-115.

Comentario a la sentencia del tribunal de Verona de 20-1-92. (A.R.G.).

688. SASSANI, Bruno: «In tema di pignoramento presso terzi di crediti derivanti da deposito di titoli- Osservazione a Pret. Modena sez. Mirandola 24 dicembre 1992», GC, 1993, 3, p. I-802. (Díez-Picazo/Rodríguez).

689. SCHOLZ, F. J.: «Erste Novellierung des Verbraucherkreditgesetzes», BB, 1993, pp. 1161-1162.

Breves consideraciones sobre la llamada «modificación técnica de la Ley sobre crédito al consumo», que entró en vigor el 1 de mayo de 1993, y que a juicio del autor tiene un alcance mayor que el que inicialmente se le pretendió dar. (M.P.G.R.).

690. SOTGIU, Simonetta: «Per la fideiussione doganale si torna al passato-Nota a Cass. sezun. 15 gennaio 1993, n. 499», GC, 1993, 5, p. I-1187. (Díez-Picazo/Rodríguez).

691. STEFANI, L.: «Brevi note in tema di contestazione del documento di saldaconto e di interessi bancari ultralegali», BBTC, 1993, núm. 4.º, parte segunda, pp. 390-399.

Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 7 de marzo de 1992, n. 2765, en materia de cuenta corriente bancaria. (A.R.G.).

692. DE TILLA, Maurizio: «Indennità di avviamento e locali adibiti ad esposizione della merce- Nota a Cass. 30 marzo 1992, n. 3862», GC, 1993, 2, p. I-486. (Díez-Picazo/Rodríguez).

693. VOIT, W.: «Fahrzeuge in der allgemeinen Haftpflichtversicherung», NJW, 1993, pp. 1889-1896.

El seguro de responsabilidad civil general y los vehículos automóviles. (M.P.G.R.).

694. WIEBE, A.: «Rechtsschutz für Software in den neunziger Jahren», BB, 1993, pp. 1094-1103.

Desde hace más de diez años la protección jurídica de los programas de ordenador es objeto de fuerte discusión. Los nuevos desarrollos, cuya iniciativa nació sobre todo en el ámbito europeo, han conducido a que también en el Derecho alemán se copiaran los principios de un sistema de protección para el software, principios que se han consolidado como los sólidos fundamentos de la protección jurídica del software en nuestros días, conformes además con el desarrollo internacional de esta materia. Estos principios son analizados por el autor en el presente artículo. (M.P.G.R.).

695. ZAMBONELLI, Alessandra: «La consegna dell'azienda alienata», CI, 1993, 1, p. 50.

Estudia el cumplimiento de la obligación de entrega en la compraventa de empresa mercantil, exponiendo las dos alternativas posibles: configurarla como una *universitates rerum* o como una suma de elementos aislados individualmente enajenados. (Díez-Picazo/Rodríguez).

5. DERECHO CAMBIARIO

696. BOCHICCHIO, F.: «Responsabilità della banca in ordine al pagamento di assegni non trasferibili», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte segunda, pp. 418-429.

Responsabilidad del banco por el pago de cheque no transferible. Examen de las diferentes tesis sobre la responsabilidad: régimen agravado; reclamo a los criterios ordinarios de diligencia. (A.R.G.).

697. BONTEMPI, P.: «Sulla responsabilità dell'ufficiale giudiziario incaricato di riscuotere o protestare un assegno bancario», LGCC, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte primera, pp. 153-162.

Comentario a la sentencia de casación civil de 25-2-1992, n. 2339, sobre la naturaleza y límites de la responsabilidad de tal oficial por pérdida de las cantidades cobradas. (A.R.G.).

698. BONTEMPI, P.: «La circolazione dell'assegno bancario al portatore», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte primera, pp. 834-844.

Notas a la sentencia de casación civil de 10-10-92, n. 11080, respecto a la conversión de un cheque bancario al portador en título a la orden. (A.R.G.).

699. DONZELLA, A.: «L'assegno come mezzo di pagamento», LGCC, 1993, núm. 5 (septiembre-octubre), parte segunda, pp. 406-429.

Equivalencia entre el pago mediante entrega de un cheque y el cumplimiento contemplado en el artículo 1.277 del Código Civil. Riesgos del pago a través de cheque falsificado. Responsabilidad del banquero en caso de robo y hurto del cheque. (A.R.G.).

700. GENTILE, G.: «I pagamenti con assegno dopo la legge n. 197/91 sul riciclaggio del denaro sporco», BBTC, 1993, núm. 5.º, parte primera, pp. 646-671.

La extinción de las obligaciones pecuniarias por medio de cheque bancario en la previsión del párrafo 2.º del art. 1 de la ley. El pago por medio de cheque transferible superior a veinte millones y el problema de la legitimidad del rechazo de la prestación. Los efectos de la circulación de cheques de importe superior a veinte millones provistos de cláusula prohibitiva de la transmisión. Naturaleza del cheque bancario no transferible con posterioridad a la Ley n. 197/1991. (A.R.G.).

701. GIUFFRÉ, R.: «Osservazioni a Cass. 10 ottobre 1992, n. 11080 sul mutamento della legge di circolazione degli assegni bancari», BBTC, 1993, núm. 6.º, parte segunda, pp. 585-592.

Nota a la sentencia indicada sobre cheques bancarios. (A.R.G.).

702. IRRERA, M.: «Cambiali ex legge c.d. Sabatini e provvedimenti d'urgenza», BBTC, 1993, núm. 6.º, parte segunda, pp. 703-704.

Comentario a la sentencia de la Pretura de Castelfranco Veneto de 15 de junio de 1992 y de 3 de febrero de 1993. (A.R.G.).

703. NAVARRA, B.: «Pagamento si assegno bancario con sottoscrizione non conforme allo specimen», BBTC, 1993, núm. 5.º, parte segunda, pp. 576-580.

Comentario a la resolución del tribunal de Milán de 16 de diciembre de 1991 en materia de cheques bancarios. (A.R.G.).

704. ORICCHIO, Antonio: «Aspetti e problematiche dell'occupazione acquisitiva secondo i piú recenti orientamenti giurisprudenziali-in nota a Cass., sez. un., 25 novembre 1992, n. 12546», GC, 1, p. I-35. (Díez-Picazo/Rodríguez).

705. SIRENA, P.: «Possesso della cambiale da parte del debitore e presunzione di pagamento», RDC, 1993, núm. 3.º, parte segunda, pp. 391-397.

Notas a la sentencia de la Casación Civil de 14 de mayo de 1991, n. 5397. Crítica a la doctrina, reafirmada por esta resolución, del principio de derecho según el cual la simple posesión de una letra de cambio por parte del deudor constituye presunción legal iuris tantum de pago, en virtud del artículo 45, RD 14 de diciembre de 1933, n. 1669 (l. camb.), y específicamente del párrafo 1.º (A.R.G.).

6. DERECHO CONCURSAL

706. BARONE, Carlo M.: «Arbitrato irrituale e fallimento (Osserv. a Cass. 14 ottobre 1992, n. 4897)», FI, 1993, 3, p. I-821. (Díez-Picazo/Rodríguez).

707. BONSIGNORI, Angelo: «Le procedure concorsuali», RTDPC, 1993, 1, p. 367.

A partir de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales referentes al derecho concursal, el autor pone de manifiesto los problemas constitucionales que de su aplicación se vienen derivando. (Díez-Picazo/Rodríguez).

708. LO CASCIO, Giovanni: «Oggetto del giudizio di opposizione a stato passivo fallimentare e privilegio del credito dell'agente-nota a Cass. 5 settembre 1992, n. 19241», GC, 1993, 1, p. I-48. (Díez-Picazo/Rodríguez).

709. LO CASCIO, Giovanni: «Effetti remissori del concordato preventivo ed unico azionista della società concordataria-Nota a Cass. 15 ottobre 1992, n. 11275», GC, 1993, 2, p. I-378. (Díez-Picazo/Rodríguez).

710. LO CASCIO, Giovanni: «Ancora sigli effetti del fallimento nella consecuzione dei procedimenti-Nota a Cass. 29 gennaio 1993, n. 1168», GC, 1993, 5, p. I-1177. (Díez-Picazo/Rodríguez).

711. LO CASCIO, Giovanni: «Impugnabilità del decreto di ammissione al concordato preventivo, ai sensi dell'art. 111 cost.-nota a Cass. 6 marzo 1993, n. 2747», GC, 1993, 7-8, p. I-1821. (Díez-Picazo/Rodríguez).

712. LO CASCIO, Giovanni: «L'accertamento e l'adempimento delle obbligazioni nel concordato preventivo-nota a Cass. 14 aprile 1993, n. 4446», GC, 1993, 9, p. I-2065. (Díez-Picazo/Rodríguez).

713. LO CASCIO, Giovanni: «Scioglimento del preliminare di vendita nel fallimento ed obblighi delle parti-nota a Cass. 11 giugno 1993, n. 6548», GC, 1993, 11, p. 2648. (Díez-Picazo/Rodríguez).

714. DIDONE, Antonio: «Compenso all'ausiliario liquidato dal Tribunale fallimentare- Osservazione a Cas. 26 giugno 1992, n. 8022», GC, 1993, 3, p. I-679. (Díez-Picazo/Rodríguez).

715. FABIANI, Massimo: «Questioni in tema di prescrizione dell'azione revocatoria fallimentare (Nota a App. Palermo 27 ottobre 1992 e App. Roma 15 ottobre 1991)», FI, 1993, 2, p. I-568.

Trata del tema de la interrupción de la prescripción de la acción revocatoria de la quiebra mediante la constitución en mora del deudor. (Díez-Picazo/Rodríguez).

716. FRANCO, Giuseppe: «Effetti della risoluzione del concordato preventivo sulle garanzie personali per le obbligazioni concordatarie del debitore-nota a Cass. 22 febbraio 1993, n. 2174», GC, 1993, 9, p. I-2090. (Díez-Picazo/Rodríguez).

717. FRANGINI, Alfredo: «Riflessioni e spunti ricostruttivi in tema di azione ex art. 2394 c.c., e concordato preventivo», GC, 1993, 7-8, p. II-367. (Díez-Picazo/Rodríguez).

718. HABSCHIED, Walther J.: «Verso un diritto fallimentare europeo», RTDPC, 1993, 4, p. 1105.

Se critica la falta de uniformidad en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea en materia de derecho de quiebra. (Díez-Picazo/Rodríguez).

719. MALTONI, M.: «Osservazioni a Trib. Milano 17 ottobre 1991, in tema di natura condizionale del credito eventuale del terzo datore di pegno che non abbia ancora soddisfatto il creditore garantito con riferimento all'ammissibilità con riserva di tale credito al passivo

del fallimento ex art. 55 l. fall.», BBTC, 1993, núm. 5.º, parte segunda, pp. 582-584.

720. ORIANI, Renato: «La determinazione dei crediti ai fini del concorso», RTDPC, 1993, 1, p. 131.

Se analizan las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales de los últimos años sobre la efectividad de la tutela de los acreedores en la ejecución forzosa y en la expropiación. (Díez-Picazo/Rodríguez).

721. PERULLI, Adalberto: «Una nuova frontiera dell'antisindacalità: il contratto collettivo aziendale erga omnes-Nota a Pret. Bologna 3 maggio 1992 (decr.)», GC, 1993, 2, p. I-535. (Díez-Picazo/Rodríguez).

722. DI SABATO, F.: «Operzioni di credito e garanzie ipotecarie: prospettive di esonerazione dalla revocatoria», BBTC, 1993, núm. 5.º, parte primera, pp. 555-573.

El último párrafo del artículo 67 de la ley de quiebra establece la exoneración de la acción revocatoria de quiebra en favor de tres categorías de sujetos, entre ellos los institutos de crédito inmobiliario. Al examen de los institutos de crédito atienden estas reflexiones, en concreto, al significado de la expresión legal «institutos de crédito inmobiliario» y a la posible extensión de la exoneración a operaciones de crédito no realizadas por tales institutos. (A.R.G.).

723. SCOGNAMIGLIO, G.: «Data certa e insinuazione di crediti cambiari nel fallimento», BBTC, 1993, núm. 6.º, parte primera, pp. 791-808.

Posible admisión en el pasivo de la quiebra de créditos cambiarios sin fecha cierta, en el sentido del párrafo 1.º del art. 2.704 del Código Civil. Análisis de la discutida cuestión de si la prueba de la fecha de un crédito cambiario es libre, o ha de someterse a los rígidos presupuestos fijados en el precepto anteriormente mencionado. (A.R.G.).

724. TRENTINI, C.: «Posizione del curatore nel procedimento di accertamento del passivo, con particolare riguardo alla questione dell'efficacia probatoria delle scritture prive di data certa», LGCC, 1993, núm. 2 (marzo-abril), parte primera, pp. 213-222.

Comentario a la resolución de casación civil de 23-8-1992, n. 9552, sobre procedimiento de quiebra. (A.R.G.).

725. TRENTINI, C.: «Esenzione dalla revocatoria fallimentare per gli atti costitutivi di garanzia ipotecaria a tutela dei prestiti accordati alle imprese artigiane a norma dell'art. 40, l. 25-7-1952, n. 949?», LGCC, 1993, núm. 4 (julio-agosto), parte primera, pp. 600-609.

Notas a la resolución de casación civil de 17-9-1992, n. 10652, en materia de procedimiento de quiebra. (A.R.G.).

ABREVIATURAS

AcP:	Archiv für die civilistische Praxis.
Archiv. Giur.:	Archivio Giuridico.
B.B.:	Betriebs Berater.
B.B.T.C.:	Banca, Borsa e Titoli di credito.
C.I.:	Contrato e Impresa.
D.F.P.:	Il Diritto di famiglia e delle persone.
Dir. Aut.:	Il Diritto di autore.
F.I.:	Il Foro Italiano.
G.C.:	Giustizia Civile.
G.P.:	Gazette du Palais.
J.Z.:	Juristen Zeitung.
L.G.C.C.:	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata.
N.J.W.:	Neue Juristische Wochenschrift.
N.L.C.C.:	Le nuove Leggi Civile Commentate.
R.D.C.:	Rivista di Diritto Civile.
R.D.I.:	Revue de Droit Immobilier.
R.I.D.C.:	Revue Internationale de Droit Comparé.
R.T.D.C.:	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
R.T.D.C.:	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
S.J.:	La Semaine Juridique.
Z.H.R.:	Zeitschrift für das gesante Handels und Wirtschaftsrecht.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIAS COMENTADAS

ACTOS DISPOSITIVOS DE UN CÓNYUGE SOBRE BIENES GANANCIALES. INEFICACIA DEL CONTRATO E INDEMNIZACIÓN DEL TERCERO CONTRATANTE

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo
de 20 de marzo de 1990)

SUMARIO: I. Hechos.—II. Fundamentos de Derecho.—III. Comentario. 1. Inaplicabilidad del art. 1.261 del Código Civil al consentimiento que un cónyuge otorga al acto dispositivo realizado por su consorte sobre un bien ganancial. 2. Eficacia relativa de los contratos. 3. Responsabilidad del cónyuge contratante e indemnización del tercero adquirente. 4. Inaplicabilidad de la doctrina del enriquecimiento injusto.

I. HECHOS

Don Rafael C. O. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Málaga demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Francisco G. M. y don José Antonio T. M., y sus respectivas esposas, doña Remedios C. E. y doña M.^a Teresa V. G., formulando una pretensión alternativa: como primera opción se solicita que se condene a los demandados a elevar a escritura pública el contrato privado de compraventa de dos parcelas de 25 de febrero de 1985, a favor de don Rafael C. O., bajo apercibimiento de que de no hacerlo se procederá por el juez a ello en su nombre, siendo por cuenta del precio acordado el pago del precio aplazado pendiente, su cancelación y carta de pago; como segunda opción se pide que se condene a los demandados a pagar solidariamente al demandante cincuenta mil pesetas, en concepto de devolución de parte del precio abonado, y dos millones quinientas mil pesetas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios por el lucro cesante producido por el incumplimiento contractual.

Por don Francisco G. M. y don José Antonio T. M., junto con sus esposas, se contestó a la demanda. En dicha contestación las esposas formularon reconvencción, solicitando se declarase nulo y quedase sin efecto el contrato de compraventa celebrado por sus maridos omitiendo el consentimiento de sus mujeres, necesario para disponer de bienes gananciales.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, cuyo fallo fue el siguiente: se estima en parte la demanda y se condena a los demandados a que solidariamente abonen al actor las cantidades solicitadas por el mismo, absolviéndoles de los demás pedimentos de la demanda; se estima en parte la reconvencción y se declara nulo el contrato privado de 25 de febrero de 1985.

Apelada la anterior resolución por los demandados, la Audiencia Territorial de Granada dictó sentencia por la que confirmó la misma.

Contra la sentencia de la Audiencia se interpone por la parte demandada recurso de casación, cuyos motivos aparecen amparados en la causa quinta del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El primer motivo, amparado en la causa 5.^a del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, amparo que va a ser el de los demás motivos del recurso, denuncia la infracción del artículo 6, párrafo 3.º del Código Civil, mas como según se razona en la sentencia recurrida al tener por aceptados los fundamentos de la primera instancia, aunque no lo sea de una manera explícita, la aplicabilidad al supuesto de autos del artículo 1.377, la nulidad del negocio la determina el número primero del artículo 1.261 del Código Civil suponiendo la imposibilidad del otorgamiento de la escritura pública pretensión de la parte actora, hoy recurrida, por lo que no cabe entender que el invocado precepto haya sido infringido determinando la desestimación del motivo.

Segundo.—El motivo segundo denuncia la infracción del artículo 1.257 del Código Civil que se dice violado por inaplicación «ya que no puede hacerse responsable de un contrato a quien no lo otorgó», esto es la relatividad y límite personal de los contratos, pero es el caso que la condena no lo es en razón del contrato que se anula por falta de consentimiento de las esposas de los vendedores por cuya causa y en atención a lo dispuesto en el artículo 1.377 en relación con el 1.261 ambos del Código Civil fueron traídos al litigio como demandadas sino en atención de los daños y perjuicios que le fueron causados al comprador, sin que al contestar la demanda se hiciese la menor mención a dicha relatividad contractual, es más, for-

mulada por las referidas demandadas doña Remedios Castillo Enríquez y doña María Vázquez García reconvencción tiene como fundamento el dar razón de como considerando tal acto dispositivo perjudicial a sus intereses y por tanto para la sociedad de gananciales de la que son cotitulares, es «por lo que indicaron a sus respectivos maridos que anularan dicho documento, pues no dándose su sometimiento para la formalización del mismo» y si esto es así, no cabe decir como ellos mismos nunca dijeron, que quedaba fuera de los efectos de tal contrato, lo que es contrario a dicha relatividad: aparte de ello es que como dice el art. 1.369 del Código Civil «De las deudas de un cónyuge, que sean además deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta», y como éstas son razón de haber sido traídos al pleito, donde han sido oídos no cabe decir se haya infringido el invocado precepto determinando la desestimación del motivo.

Tercero.—El tercer motivo denuncia la infracción del artículo 1.361 del Código Civil en relación con el 1.316 del mismo cuerpo legal, pero en tal acusación incurre el recurrente en un equívoco; la recurrida sentencia no dice, sino que ante la pretensión alternativa de la parte actora: elevar a escritura pública el contrato privado de compraventa o que se le pagasen 50.000 pesetas en concepto de devolución de lo pagado como parte del precio con indemnización en dos millones y medio de pesetas por los daños y perjuicios irrogados al pronunciarse la sentencia apelada por esta segunda opción, es la única que ha de ser objeto de examen en la segunda instancia, puntualizando que se esta haciendo referencia a la condición de los bienes de que se trate por razón régimen económico matrimonial adoptado por los cónyuges, por lo que en este caso «frente a lo alegado por la parte apelante en el acto de la vista» importaba no tanto que el comprador supiere que los vendedores estaban casados (ello por sí no prejuzga la condición ganancial de unos bienes ante la posibilidad de ser privativos), cuanto que el solar objeto de la venta tenía la condición de bien ganancial en atención a lo cual, y ante la apreciación por el Juzgador *a quo* de la falta de consentimiento de las esposas desestimó la primera opción de la pretensión y se pronunció por la segunda; y como todo ello es conforme a cuanto disponen los invocados preceptos que consecuentemente no se infringen el motivo ha de ser desestimado.

Cuarto.—El motivo cuarto denuncia la infracción de los artículos 1.101 y 1.104 del Código Civil en atención a que no pueden ser aplicados, por tener que descartar en la obligación de indemnizar su origen legal, el contractual (por tratarse de un contrato radicalmente nulo) y el delictivo, y como a la culpa o negligencia no es aplicable ninguno de los citados preceptos, ahí radica su infracción, mas siendo de tener en cuenta, tal como tiene declarado la doctrina de esta Sala, que ni por su texto ni su interpretación analógica pueda sostenerse que sean aplicables solamente a las obligaciones contractuales, ya que se refieren a todas las obligaciones, sin distinguir su origen y por tanto alcanzan igualmente a todas las obligaciones que según el artículo 1.089 del Código Civil no nacen solamente de los

contratos, sino también de los actos y omisiones ilícitas es indiscutible que al resolver el Juzgador de Primera Instancia que acepta la sentencia recurrida, «que es evidente que el lucro cesante o ganancia dejada de obtener se deriva de la conducta de los demandados quienes incumplieron el compromiso contraído en el contrato privado al no asegurarse o recabar el consentimiento de sus esposas respectivas imposibilitando la transmisión de la propiedad al actor a la que se obligaron en dicho contrato, ni que puedan escudarse en la falta de consentimiento de aquéllos para frustrar los legítimos derechos del comprador, porque como se deduce del artículo 1.258 del Código sustantivo los contratos deben cumplirse conforme a los principios de la buena fe», justifica cumplidamente la aplicación de dichos preceptos a más de que conforme al principio general de quien causa daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por incumplimiento de una obligación establecida que cuando proviene de culpa o negligencia no referida a vínculo contractual, puesto que hace la responsabilidad que en estos supuestos se deriva de los artículos 1.101 por una parte y 1.902 por otra con sus respectivas concordancias; por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

Quinto.—El motivo quinto denuncia la infracción de los artículos 1.107 del Código Civil en relación con el 6.1.º del mismo Cuerpo legal y 221 de la Ley Hipotecaria; sanciona el primero de ellos la extensión de la indemnización subordinándolo a la causa del incumplimiento de la obligación, el segundo el que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento y el último la publicidad de los Registros para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos inscritos, y es que para el recurrente el único culpable de los daños y perjuicios reclamados y concedidos «es el actor» ya que los mismos nunca pueden ser imputados a los demandados «la única posible causa de tales supuestos daños radicaría en la ligereza e impremeditación con la que el comprador procede a vender la finca en las condiciones que el recurrente va señalando pero como frente a ellos tiene declarado la doctrina de esta Sala que la exigencia para su determinación es la de estar probados, a cuyo respecto declara la sentencia de primera instancia “probado que el comprador el 7 de marzo de 1985 vendió las parcelas objeto del contrato privado de 25 de febrero del mismo año a don Carlos Rodríguez López, con lo que obtenía una ganancia de 2.500.000 contrato que resultó frustrado ante la nulidad de su primera adquisición, es evidente que el lucro cesante o ganancia dejada de obtener se deriva de la conducta de los demandados quienes incumplieron el compromiso contraído en el contrato privado al no asegurarse o recabar el consentimiento de sus esposas respectivas imposibilitando la transmisión de la propiedad al actor», así como, se reconocen en la recurrida «en el presente caso la parte actora respondiendo al dictado del artículo 1.214 del Código Civil y doctrina del Tribunal Supremo que la desarrolla, conforme a la cual corresponde al actor probar los hechos constitutivos de su pretensión, ha acreditado la realidad de los perjuicios cuya reparación pretende, mediante

la prueba documental y testifical aportada en autos, y de las gestiones realizadas, que al resultar imposibles, motiva el percibo del precio estipulado, sin que la parte apelante haya hecho otra cosa que negar o dudar de tales perjuicios, pero sin aportar ningún elemento de prueba que acreditara sus obligaciones en cuanto exponente de los hechos impeditivos y obstativos que a ella incumbía probar; y como todo ello ha quedado invariable en casación se impone la desestimación del motivo.

Sexto.—El motivo sexto denuncia la infracción de la doctrina del enriquecimiento injusto, sentado por las sentencias que se citan; se argumenta por el recurrente no ya porque sea ilícito el beneficio o lucro que pretendiera obtener el comprador, sino en atención a los siguientes cálculos: con la entrega de 50.000 pesetas, diez días después suscribe un contrato de venta en base al cual reclama un lucro cesante de 2.500.000 pesetas; pero es el caso que el enriquecimiento injusto o sin causa precisamente tiene un apoyo en esa falta de causa, lo que ya le diferencia y contrapone, con la reclamación de daños y perjuicios que nace de un hecho ilícito, siendo indispensable los conceptos de culpa e imputabilidad y la relación de causa a efecto entre el agente provocador y el daño, no tratando sino de reparar un perjuicio por lo que es contrario al concepto de enriquecimiento injusto o torticero careciendo consecuentemente de aplicación cuando lo obtenido se adquiere a virtud de un legítimo derecho; por ello el motivo ha de ser desestimado.

Séptimo.—El motivo séptimo denuncia la infracción, que se dice por inaplicación del artículo 1.227 del Código Civil por lo que el documento de compraventa otorgado por el actor no puede tener como fecha cierta respecto a los demandados más que la de su presentación con la demanda, pero olvida el recurrente que el reconocimiento, tiene el valor de prestarle esa nota de autenticidad respecto a las partes intervinientes y como tal reconocimiento se deriva del hecho primero de la contestación a la demanda, cuando se pone tan sólo en duda si lo es de compraventa o mero precontrato pero no respecto a los demás extremos del mismo el motivo ha de ser desestimado.

III. COMENTARIO

La cuestión fundamental que ocupa al Tribunal Supremo en este caso es la responsabilidad del cónyuge incumplidor de las obligaciones asumidas por él en un contrato, por el que disponía a título oneroso de un bien ganancial, sin el consentimiento de su consorte, contrato que había sido declarado previamente nulo a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se omitió. Sobre estos hechos resuelve el Tribunal Supremo de forma confusa, incurriendo en contradicciones que deben ser objeto de aclaración. La primera cuestión que suscita la lectura de la presente resolución no es sino el carácter nulo o anulable del contrato suscrito por don Rafael C. O. con

don Francisco G. M. y don José Antonio T. M., y los preceptos que fundamentan una u otra solución. En segundo lugar, ha de ponerse en tela de juicio la sujeción de los bienes de la sociedad conyugal y de las esposas de los contratantes a las resultas de un contrato en el que no fueron parte y, como contrapunto a esa responsabilidad, la aplicación del art. 1.257 del Código Civil, es decir, la relatividad y límite personal de los contratos. Por último, establecida la nulidad del contrato, cabe dudar de la existencia de una obligación de indemnizar no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante, con base en una responsabilidad contractual, generada por el incumplimiento de las obligaciones pactadas.

1. Inaplicabilidad del artículo 1.261 del Código Civil al consentimiento que un cónyuge otorga al acto dispositivo realizado por su consorte sobre un bien ganancial

En relación con la primera cuestión, el contrato es declarado nulo por el Juzgado de Primera Instancia, que estima la reconvención formulada por las esposas demandadas, quienes opusieron a la pretensión del actor la nulidad del contrato celebrado por sus maridos, con base en la falta de un requisito esencial para realizar actos dispositivos sobre un bien ganancial, a saber: el consentimiento del otro cónyuge. Sin embargo, pese a ser estimatorio de sus pretensiones en este punto, el fallo de la primera instancia, al ser confirmado por la Audiencia, es recurrido por la parte demandada ante el Tribunal Supremo por estimar infringido, al no haber sido aplicado, el precepto determinante de la ineficacia del contrato, el art. 6.3 del Código Civil, que, en conexión con el art. 1.377, establece la nulidad de pleno derecho. El Tribunal Supremo rechaza, acertadamente, este motivo; sin embargo, los argumentos en que apoya su decisión son erróneos y reflejan la convicción existente en un sector de la doctrina, que identifica cocontratación con codisposición. En efecto, el Alto Tribunal está suponiendo, tal y como se deduce de la invocación que hace del art. 1.261 del Código Civil, que cuando un cónyuge presta su consentimiento al acto dispositivo iniciado por el otro («iniciado» pues, una vez prestado el mencionado consentimiento, ambos disponen, al permitir la salida del bien en cuestión, del que ambos son cotitulares, de su esfera jurídica), también contratan los dos. Ello puede ser cierto si referimos el consentimiento del cónyuge de quien no parte la iniciativa dispositiva al entero y único acto de disposición, de manera que estando compuesto éste de título y modo, dicho cónyuge quedaría integrado en la relación contractual y permitiría asimismo la transmisión de la propiedad al adquirente, al completar con su consentimiento el poder de disposición que, de otra forma, faltaría al cónyuge que decide disponer del bien ganancial. Lo que no es correcto es la conexión que establece el Tribunal Supremo entre el artículo 1.377 y el 1.261 Cc, pues si, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, el consentimiento que exige el art. 1.377 puede otorgarse de forma anterior, simultánea o posterior al contrato sus-

crita por el otro cónyuge, no se podrá aplicar el art. 1.261, que se refiere al consentimiento de las partes contratantes como requisito esencial del contrato. Así, la aplicación del art. 1.261 quedaría restringida a los supuestos en que actúen ambos cónyuges de forma conjunta en el otorgamiento del contrato. En el contrato suscrito por don Francisco G. M. y don José Antonio T. M. con don Rafael C. O. no faltó el consentimiento de éstos; si faltó el consentimiento de las esposas de los primeros, pero, al no concurrir éstas a la celebración del contrato, su consentimiento no era necesario a los efectos del art. 1.261, aunque sí lo fuera a los efectos de la disposición de un bien ganancial. Se llega de esta forma a una distinción entre el consentimiento contractual y el consentimiento necesario para realizar, eficazmente, actos dispositivos sobre bienes gananciales. El cónyuge que presta este último puede llegar a ser parte en la relación obligatoria, pero su consentimiento no ha sido el exigido por el art. 1.261, como lo demuestra el hecho de que pueda otorgarlo con posterioridad a la celebración del contrato. Así pues, el Tribunal Supremo no debió, como se ha dicho, relacionar el art. 1.377 con el 1.261, sino con el 1.322, que es donde se establece la sanción para el caso de contravención del primero, la anulabilidad, y que determina la inaplicación del art. 6.3.

Respecto a la identificación o separación entre codisposición y cocontratación, un sector de la doctrina distingue dos planos, el real y el obligatorio, para resolver la cuestión planteada. En este sentido, se dice que el poder de disposición sobre bienes gananciales, consecuencia de la titularidad material de los mismos, corresponde a ambos cónyuges, de manera que cuando uno de ellos da su consentimiento al acto dispositivo del otro, no se limita a asentir una disposición ajena (tal y como ocurría con anterioridad a la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975, cuando el marido otorgaba la licencia marital que la mujer necesitaba para disponer de sus bienes privativos), sino que él mismo dispone, al permitir la repercusión en su propia esfera jurídica de un acto realizado sobre un bien del que él es cotitular. Así pues, el consentimiento del cónyuge no contratante siempre supone ejercicio del poder de disposición, por lo que siempre habrá codisposición, aunque puede no haber cocontratación, si sólo uno de ellos celebra el contrato que dará lugar a la disposición¹. De este modo, el art. 1.377, cuando exige para la eficacia del acto dispositivo de un cónyuge, realizado sobre un bien ganancial, el consentimiento del otro, no se refiere al consentimiento contractual, sino al consentimiento necesario para que tenga lugar la transmisión de la propiedad mediante la tradición, de manera que un cónyuge puede actuar con el consentimiento, simultáneo, anterior o posterior a la venta, del otro. Con arreglo al sistema español de transmisión de la propiedad, el consentimiento del cónyuge no contratante no sería necesario para celebrar el contrato, para lo cual no se ha de poseer una es-

¹ GIMÉNEZ DUART, T., «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (ensayo contra el art. 1.322)», *AAMN*, XXVIII, 1987, pp. 233 ss.

pecífica titularidad², pero sí para llevar a cabo la tradición, momento en el cual ha de ostentarse el poder de disposición sobre la cosa. Si la venta de cosa ajena es válida y produce obligaciones, del mismo modo la venta de cosa ganancial debe ser válida, aunque no concurra uno de los cónyuges a la celebración del contrato.

Ahora bien, esta concepción doctrinal que supone una separación absoluta entre los aspectos contractuales y los reales, refiriendo el consentimiento conyugal sólo a estos últimos, de manera que la relación obligatoria es ajena al cónyuge que consiente al acto dispositivo del otro, supone, en cierto modo, tratar a los esposos como si de extraños se tratara. En efecto, frente a lo defendido por estos autores, cabe pensar, en virtud de la sociedad existente entre los cónyuges, que cuando un cónyuge consiente al acto dispositivo del otro, su consentimiento no se refiere sólo a los aspectos reales del acto de disposición, sino también a los contractuales, de forma que el consentimiento que presta a la venta otorgada por su consorte le convierte en parte en ella. Por supuesto que, en relación con el tercero adquirente, habrá codisposición, pues si el poder de disposición sobre los bienes es consecuencia de la titularidad de los mismos, el cónyuge que permite la salida de un bien del que es titular de su esfera jurídica, está ejercitando su facultad dispositiva sobre el mismo. Pero también puede haber cocontratación, si entendemos que el consentimiento que presta un cónyuge al acto dispositivo iniciado por el otro, se refiere a éste considerado globalmente y no únicamente a una de las fases, la tradición, del supuesto de hecho complejo de formación sucesiva que es la transmisión de la propiedad en el sistema español³. Con esta nueva visión de la cuestión no se desvirtúan las premisas básicas de las que partía la anterior, en el sentido de que, como se ha dicho, si la venta es únicamente productora de obligaciones, cada cónyuge es libre de obligarse por dicho contrato, no necesitando para ello ningún consentimiento, pues de todos es sabido que la sociedad de gananciales no tiene ningún efecto sobre la capacidad de los cónyuges. Otra cosa es que, debiendo requerir el consentimiento de su consorte para disponer del bien y transmitirlo al adquirente, dicho cónyuge lo preste, posibilitando la tradición del objeto de la venta al comprador, y pasando a formar parte del contrato ya celebrado o a celebrar en el futuro. En resumen, cualquiera de los cónyuges es libre para concertar individualmente un contrato; ahora bien, referido el mismo a un bien ganancial, podría considerarse al otro cónyuge parte contratante, en virtud de la relación de sociedad existente entre los esposos, entre los que las relaciones patrimoniales no pueden desenvolverse como entre extraños. No obstante, ésta es una cuestión que, por su íntima conexión con el problema de la naturaleza de la sociedad de

² MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios al Código Civil», *Edersa*, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1985.

³ CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA, «Actos de disposición sobre bienes gananciales. Algunas notas para su estudio», en *Libro Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, II, Madrid, 1988, pp. 103 ss.

gananciales y de su funcionamiento interno, desborda nuestras pretensiones en este momento, que han de ceñirse a lo dispuesto en la sentencia que comentamos, en la que, además, según se nos dice, las esposas no prestaron su consentimiento a la venta suscrita por sus maridos, por lo que no cabe integrarlas en la relación contractual.

2. Eficacia relativa de los contratos

El Tribunal Supremo, tras declarar la nulidad del contrato, hace recaer la responsabilidad derivada del incumplimiento del mismo sobre los bienes de la sociedad conyugal y sobre los bienes de las esposas, a las que se condena solidariamente a indemnizar al actor junto con sus maridos, pese a no haber concurrido a la celebración del contrato. El Alto Tribunal considera, equivocadamente, que dichas esposas no son ajenas a los efectos del contrato si se tiene en cuenta que, considerando el acto dispositivo celebrado por sus maridos contrario a sus intereses y a los de la sociedad de gananciales, indicaron a los mismos que anularan dicho documento; a ello se añade el hecho de que de la deuda contraída responden los bienes gananciales, bienes de los que ellas son cotitulares y que se ven afectados por las vicisitudes de la relación contractual.

Sin embargo, estas consideraciones tienen en su contra lo dispuesto por el art. 1.257, según el cual los contratos sólo surten efectos entre las partes que los otorgaron y sus herederos.

Este precepto sirve, a su vez, de apoyo a quienes estimaban que en todo caso hay codisposición, pero puede no haber cocontratación. En efecto, el principio de personalidad de las relaciones obligatorias impide considerar como parte de la relación contractual al cónyuge no contratante que consintió al acto dispositivo del otro; ello sólo ocurrirá cuando ambos hayan concurrido a la perfección del contrato⁴. La vinculación o sujeción contractual del cónyuge obligado es personal de él y no puede aplicarse a su consorte, de manera que por el mero hecho de ser cotitular de un bien no se es responsable de los contratos concertados sobre dicho bien por el otro cotitular. Como se expuso anteriormente, el consentimiento que un cónyuge otorga al acto dispositivo del otro no le convierte en parte en el contrato, que seguirá siendo para él *res inter alios acta*. Así pues, sólo contra don Francisco G. M. y don José Antonio T. M. se podría interponer, si el contrato fuera válido, una acción obligacional dirigida al cumplimiento del mismo o al resarcimiento de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento.

⁴ BLANQUER UBEROS, R., «Acerca de la Sociedad de Gananciales, la responsabilidad patrimonial y la relación obligatoria», *AAMN*, vol. XIX, 1976, pp. 192 ss.
«Reflexiones acerca de la influencia del Régimen de Gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», *RDN*, 113-114, 1981, p. 24.

Ahora bien, quienes mantienen esta postura olvidan un dato, que vendría a dar la razón a la tesis que defiende la integración del cónyuge que otorga su consentimiento al acto dispositivo del otro en la relación contractual. Y es que el propio Código Civil excepciona lo dispuesto en el art. 1.257 Cc en preceptos tales como el 1.695, relativo al contrato de sociedad, en el que expresamente se dispone que lo que cualquiera de los socios hiciera por sí solo obligará a la sociedad. A la vista de este precepto cabría pensar que, traspasado el límite personal de los contratos por el propio legislador, no habría inconveniente en considerar parte en el contrato al cónyuge que presta su consentimiento al acto de disposición iniciado por el otro.

No obstante, como se ha dicho anteriormente, en el caso que nos ocupa no se puede tener en cuenta esta posibilidad, dado que las mujeres negaron el consentimiento exigido por el art. 1.377 Cc y, por tanto, no se pueden considerar responsables de las vicisitudes del contrato.

En relación con la responsabilidad de los bienes gananciales por la deuda contraída por don Francisco G. M. y don Jose Antonio T. M., el art. 1.369 Cc establece una responsabilidad solidaria de los bienes de la sociedad conyugal y del cónyuge deudor, en caso de deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad. El art. 1.365 Cc dispone cuándo las deudas de un cónyuge son deudas de la sociedad y, entre otros supuestos, señala que los bienes gananciales responderán directamente en el ejercicio de la gestión o disposición de gananciales que por ley o por capítulos le corresponda. Pues bien, sin perjuicio de que en capitulaciones matrimoniales se disponga otra cosa, la ley establece que el poder de disposición sobre los bienes gananciales corresponde conjuntamente a ambos cónyuges (art. 1.315 Cc). De este modo, cuando un cónyuge pretende ejercitar individualmente su poder de disposición, éste aparece limitado por el correlativo poder del otro cónyuge, por lo cual ninguno puede otorgar ningún acto dispositivo sin contar con el consentimiento de su consorte, tal y como imponen los arts. 1.377 y 1.378 Cc. Así pues, un acto dispositivo, en este caso la venta, otorgada por un cónyuge sin el consentimiento del otro, no entra en la disposición que «por ley le corresponda», por lo que no puede hacerse responsable a los bienes gananciales de la deuda generada por tal disposición.

3. Responsabilidad del cónyuge contratante e indemnización del tercero adquirente

Como hemos dicho anteriormente, el Tribunal Supremo, tras declarar la nulidad del contrato, condena a los demandados a indemnizar al actor, según parece en concepto de responsabilidad contractual, aunque su postura es ambigua en este punto, como veremos, no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante. Se falla, pues, como si de incumplimiento de un contrato válido se tratara, en lugar de partir de la nulidad del negocio, ya

declarada. Si el contrato es declarado nulo, siendo indiferente, a nuestros efectos, la vía por la que se haya llegado a tal ineficacia, la nulidad o la anulabilidad, pues de todos es sabido que, una vez declarado nulo, el contrato anulable equivale al contrato nulo, lo que procedería, dados los efectos retroactivos de la declaración de nulidad, sería la restitución de las cosas objeto del contrato, con la finalidad de reponer la situación a su estado primitivo. Sin embargo, lo que hace el Tribunal Supremo es condenar a los demandados a resarcir no sólo los daños efectivamente producidos sino también las ganancias dejadas de obtener, ignorando el decaimiento de las obligaciones cuyo incumplimiento podía justificar su decisión.

Remontándonos a la pretensión formulada ante el Juzgado de Primera Instancia por el demandante, vemos que ésta se plantea de forma congruente, al no haberse instado todavía la nulidad del contrato y tratarse de un negocio válido y eficaz: el actor formula una pretensión de cumplimiento y, alternativamente, para el caso en que la primera no sea ya posible, una pretensión indemnizatoria. La resolución de primera instancia, así como las posteriores, que confirman ésta, decide, acertadamente, rechazar la pretensión de cumplimiento pues, declarada ya la ineficacia del contrato, la prestación no es ya posible; como dice Díez-Picazo «la pretensión basada en un negocio ineficaz carece de un fundamento atendible»⁵. Es al optar por la segunda alternativa, estimando, al parecer, la existencia de responsabilidad contractual, cuando el órgano jurisdiccional incurre en una contradicción, olvidando la inexistencia de obligaciones que vinculen a las partes. El interrogante que todo lo expuesto hace surgir es, por tanto, si puede hacerse recaer sobre los maridos contratantes una obligación de indemnizar, que repare los daños causados al comprador, y cuál puede ser el fundamento de tal obligación y el alcance de la misma.

En este sentido, observamos que los hechos que dan lugar al litigio vienen constituidos por la existencia de un contrato aparentemente válido, que posteriormente, al ser reclamado el cumplimiento por el acreedor, se anula. La causa de la ineficacia era conocida, o debía serlo, por una de las partes en la fase de preparación del contrato, pues el vendedor se compromete a transmitir la propiedad de las parcelas al comprador, pero no recaba para ello el consentimiento de sus esposas, omitiendo la diligencia *in contrahendo* que le era exigible⁶. El comprador, que confiaba en que el contrato desplegara sus efectos, sufre un daño con su anulación: no podrá cumplir otros contratos que traían causa de aquél, perdiendo así unos beneficios que tenía asegurados, tendrá que soportar los gastos a que ha dado lugar la celebración del contrato, etc. Esta precisamente era la hipótesis estudiada

⁵ DÍEZ-PICAZO, L., «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», *ADC*, XIV, 4, 1961, pp. 809 ss.

⁶ MANZANARES SECADES, A., «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», *ADC*, 38, II, 1985, pp. 979 ss.

ALONSO PÉREZ, M., «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, XLVII, 1970, núm. 485. pp. 859 ss.

por Ihering y que le sirvió para elaborar su teoría sobre la *culpa in contrahendo*. El problema que suscitan los hechos expuestos, constitutivos de responsabilidad precontractual, estriba en que la parte que sufre el daño no podrá intentar su resarcimiento con base en el contrato anulado, pues *quod nullum est, nullum effectum producit*; es decir, una vez declarada la ineficacia del contrato, los contratantes no quedan vinculados y no nacen las obligaciones previstas⁷. Sin embargo, parece claro que esa parte es acreedora de una indemnización que repare el daño ocasionado por la anulación del contrato, de la que ha sido causante la otra parte. Así, la doctrina admite, en los supuestos de nulidad contractual cuyas causas eran conocidas o *debían serlo* por una parte, que no las puso en conocimiento de la otra, la existencia de una obligación de reparar el daño sufrido por la parte que confió sin su culpa en la validez del contrato. Así pues, procederá la acción de anulabilidad, mas también la de resarcimiento por los daños causados a la contraparte.

Esta obligación de indemnizar, provocada por responsabilidad precontractual de uno de los contratantes, se suele concretar en el interés negativo, de manera que sólo debe repararse el daño emergente, colocando al perjudicado en la situación que estaría si no hubiera llegado a contratar. Sin embargo, frente a esta posición, mayoritaria en la doctrina española, cabe apuntar otra posibilidad en cuanto al montante indemnizable por interés negativo. Así, se ha sostenido por algún autor español y, sobre todo, por la doctrina extranjera, en la línea marcada inicialmente por Ihering, que en el interés negativo cabe incluir no sólo las pérdidas positivas o gastos inútilmente realizados (daño emergente), sino también las ganancias frustradas o dejadas de obtener (lucro cesante). De esta forma, la cantidad a indemnizar por interés negativo puede llegar a ser tan alta como la del interés positivo⁸.

Cabe pensar, sin embargo, aunque ello no es más que una hipótesis, propuesta a la vista de los pocos datos suministrados en la sentencia, que los hechos ocurrieron de otra forma. Así, es posible que las esposas presantaran en un primer momento el consentimiento que precisaban sus maridos para llevar a cabo el acto dispositivo en cuestión, y que posteriormente, al tener conocimiento del nuevo contrato suscrito por su comprador, en el que este obtenía una ganancia de 2.500.000 ptas., vendiendo las mismas parcelas, quisieran dejar sin efecto la primera venta, en la que la ganancia había sido menor, aduciendo para ello la omisión del consentimiento exigido por el art. 1.377 Cc. Pues bien, tampoco en este caso puede verse perjudicado el comprador, cuya confianza en la apariencia de validez del contrato ha sido defraudada, sufriendo un daño. Por esta razón, debe estimarse la exis-

⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentarios a los arts. 1.300 a 1.314. Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, p. 541.

⁸ GARCÍA RUBIO, M. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, 1991.

tencia de una obligación de indemnizar, cuyo fundamento podría encontrarse en el art. 1.902 Cc, que repare los perjuicios a que la invalidez del contrato, ocasionada por una conducta culpable, ha dado lugar. Esta indemnización alcanzaría, como hemos dicho anteriormente, sólo al interés negativo o interés de confianza ⁹.

Refiriéndonos, más concretamente, a la postura mantenida por el Alto Tribunal, ésta es ambigua y no se decanta de manera clara hacia una forma concreta de responsabilidad. En un primer momento, se mantiene que la condena no es en razón del contrato que se anula, con base en el art. 1.261 Cc, sino en atención a los daños y perjuicios causados al comprador, con lo que parece inclinarse hacia la responsabilidad extracontractual; después se dice que «es evidente que el lucro cesante o ganancia dejada de obtener se deriva de la conducta de los demandados, quienes incumplieron el compromiso contraído en el contrato, al no recabar el consentimiento de sus esposas, imposibilitando la transmisión de la propiedad al actor, a la que se obligaron en dicho contrato», con lo que se pronuncia a favor de una responsabilidad contractual, avalada por la exigencia de que los contratos sean cumplidos conforme a los principios de la buena fe, con arreglo al art. 1.258 Cc; por último, el Tribunal Supremo parece estimar que la cuestión carece de trascendencia, pues ya sea por la vía del art. 1.101, ya sea por la del 1902 Cc, se genera una obligación de resarcimiento conforme al principio de que quien causa daño a otro lo debe indemnizar. Lo que de todo este caos se desprende es una única idea, que parece que fue la que inspiró la presente resolución: la necesidad de indemnizar al tercero contratante, víctima de la ineficacia del contrato, provocada precisamente por quien no es parte en él. Ahora bien, frente a este interés, digno de protección sin ninguna duda, no hay que olvidar, como en nuestro caso se hace, el interés de las esposas no contratantes, a quienes no debe extenderse la obligación de indemnizar si no han prestado el consentimiento exigido por el art. 1.377 Cc.

Una última precisión nos resta hacer en cuanto a los pronunciamientos contenidos en la sentencia sobre este tema. Según la doctrina de la Sala, los arts. 1.101 y 1.104 Cc son aplicables no sólo a las obligaciones contractuales, sino a todas las obligaciones en general, sin distinguir su origen. Pues bien, es cierto que el art. 1.101 se refiere al cumplimiento de las obligaciones, sin especificar nada más, y que el art. 1.089 menciona, entre las fuentes de las mismas, a los actos y omisiones en que interviene cualquier género de culpa o negligencia. Ahora bien, el art. 1.093 somete a estas últimas a las disposiciones del capítulo II del título XVI del libro IV, es decir, al art. 1902 y siguientes, con lo que expresamente quedan excluidas por el legislador de la aplicación del art. 1.101 y siguientes. La aplicación de estos últimos preceptos quedaría restringida a los supuestos de contravención de una obligación previamente establecida, es decir, a los

⁹ ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II-1, Bosch, 1983, p. 193.

supuestos en que, existiendo un contrato generador de obligaciones, las mismas son incumplidas o cumplidas defectuosamente, y dicho incumplimiento genera una obligación de indemnizar. En cambio, el art. 1902 se aplicará a supuestos en que también nace una obligación de resarcimiento, pero como consecuencia de un acto u omisión, que causa daño a otro, realizado con culpa o negligencia, y sin referencia a ninguna obligación previa, en cuyo cumplimiento se haya producido el daño.

4. Inaplicabilidad de la doctrina del enriquecimiento injusto

Por último, podemos finalizar este trabajo concluyendo que la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto debe ser descartada en este caso, pero no por la existencia de un hecho ilícito que sirve de base a la reclamación de daños y perjuicios, sino porque, como ha establecido la doctrina, la nulidad relativa o absoluta de un contrato debe gobernarse por las normas que el Código Civil dedica a estas materias. Junto a los efectos restitutorios que tendrán lugar de acuerdo con dichas normas, la aplicación de la doctrina de la responsabilidad precontractual permitirá obtener la indemnización procedente, sin necesidad de ejercitar la acción de enriquecimiento, que, tal y como establece la jurisprudencia, debe tener carácter subsidiario.

M.^a EUGENIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
Universidad Autónoma de Madrid

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Esther ALGARRA PRATS
Javier BARCELÓ DOMÉNECH
Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Gabriel GARCÍA CANTERO
Inmaculada HERBOAS MARTÍNEZ
Carmen JEREZ DELGADO
Oscar MONJE
Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ
Áurea RAMOS MAESTRE
Lis SAN MIGUEL PRADERA
Isabel SIERRA PÉREZ

1. DERECHO CIVIL

2. DERECHO DE LA PERSONA

1. Defensa del derecho fundamental al honor: Inmanencia y trascendencia del concepto de honor. Carácter irrenunciable e indisponible del derecho: Posibilidad de dejación de algunas de sus facultades mediante pacto. Protección extrajudicial.—El derecho al honor se encuentra integrado por dos aspectos directamente relacionados, el de la inmanencia, representado por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de la trascendencia, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad.

Si bien el art. 1.3 dice que el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar es irrenunciable, inalienable e imprescriptible, siendo nula la renuncia a la protección prevista en la Ley, lo que se resume en la indisponibilidad, resulta obligado distinguir entre el derecho en sí, que realmente es indisponible, y los diferentes aspectos o manifestaciones del mismo, que pueden ser objeto de disposición y por eso contempla la ley la posibilidad del consentimiento, del cual la renuncia es una variante, pero en modo

alguno se prohíbe que la protección en los casos en que hubiere intromisión pueda dispensarse extrajudicialmente, ni que la realidad de esa protección se manifieste por actos concluyentes que demuestren de forma clara e indubitada la voluntad tácita de admitirla, lo que impediría volver a demandar por vía judicial la protección ya dispensada fuera del proceso. (STS de 1 de julio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El actor desempeñaba el cargo de director-gerente de una empresa, siendo poco cordiales sus relaciones personales y profesionales con el presidente y consejero delegado de la misma, demandado en esta *litis*, y ante la disparidad de criterios sobre las directrices y órdenes de la empresa, el presidente destituyó al actor, ofreciéndole la alternativa de poder continuar como técnico, lo que éste no aceptó; igualmente, se negó a abandonar el edificio de la empresa hasta que no dispusiera de sus documentos, por lo cual, el demandado solicitó auxilio policial, siendo el actor desalojado por la policía. El actor formuló querrela contra el demandado por el delito de coacciones, respecto a lo acontecido en las dependencias de la empresa, si bien compareció manifestando el desistimiento, al considerar que nunca existió por parte del demandado ánimo de agravarle ni coaccionarle. Posteriormente, ambos llegaron a una transacción y compromiso de sus desavenencias, en la cual la empresa reconocía al actor sus méritos personales y profesionales y éste aceptaba su cese y percibía la cantidad de 22.000.000 de pts. por todos los conceptos. Tras los relatados hechos, el actor formuló demanda sobre derecho fundamental al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, solicitando que se condene al demandado al pago de una cantidad con su correspondiente interés legal, y a sufragar los gastos de la difusión de la sentencia.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

2. Protección jurisdiccional del derecho a la propia imagen: Concepto de imagen. Información gráfica accesoria: Relación de la imagen con el contenido de la información escrita. Interés histórico, científico o cultural: No deriva necesariamente del carácter puramente divulgativo y gratuito del medio.—La sentencia de 11 de abril de 1987, seguida por las de 29 de marzo y 9 de mayo de 1988 y 9 de febrero de 1989, define la imagen «como la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose por aquélla a los efectos de protección civil por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y, en sentido jurídico, que es la facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad», y, en este

sentido, el art. 7.5 de la citada Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 considera como intromisión ilegítima en este derecho fundamental «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2».

Al establecer el art. 8.2.c) que el derecho a la propia imagen no impedirá que «la información gráfica sobre persona determinada aparezca como meramente accesorio», se está refiriendo a aquellos casos en que la información periodística se realiza por medio de fotografías en que se plasma un suceso o acontecimiento o en que el texto escrito va ilustrado con fotografías del evento objeto de la información, no a aquellos casos en que la fotografía publicada no guarda ninguna relación con el contenido de la información escrita, por lo que si bien puede afirmarse que la reproducción de la fotografía resultaba innecesaria al fin pretendido con la información publicada, no puede decirse que la misma tenga un carácter accesorio, accesoriedad que en la Ley hace referencia a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico.

El art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, establece que «no se reputarán con carácter general, intromisiones ilegítimas (...) cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante»; pero el hecho de que una publicación tenga por objeto la información educativa y que carezca de toda finalidad crematística o económica, no implica que todos los trabajos o artículos en ella publicados tengan ese «interés cultural relevante» a que se refiere el artículo 8.1 de la repetida Ley Orgánica. (STS de 19 de octubre de 1992, no ha lugar).

HECHOS.—Debido a la publicación de la fotografía de un menor en el momento de recibir un tratamiento médico, obtenida y publicada sin el consentimiento de los padres, y sin relación directa con el contenido del artículo, la actora, en nombre y representación del menor, interpuso demanda contra la publicación periódica del organismo autónomo, en la persona del Presidente del Gobierno autonómico, extensible al Consejero de Educación y al director y editor del periódico, solicitando indemnización por los daños morales, así como difusión de la sentencia.

El Juez de Primera Instancia desestimó plenamente la demanda; la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

3. Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Concepto de domicilio constitucional.—A los conceptos de «domicilio» establecidos por el legislador como son el legal, el electivo, el real y el habitual ha de agregarse, el que bien pudiera calificarse de «domicilio constitucional» en cuanto elaborado por el Tribunal Constitucional con base en el derecho fundamental

de su inviolabilidad que aparece plasmado en el art. 18.2 CE, el cual, cuando se contempla desde el punto de vista de la persona física, «tiene como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada y familiar» (S. de 26 de noviembre de 1984), razón por la cual lo protegido a través de este derecho es, más que el mero o estricto espacio físico considerado, lo que en él hay de emanación de la persona (S. de 17 de febrero de 1984).

En este sentido, la sentencia declara que «tanto la doctrina científica constitucionalista como la emanada del Tribunal Constitucional vienen señalando como requisitos tipificadores del domicilio protegido por el texto constitucional, además de la existencia de un espacio cerrado que el mismo venga destinado al desenvolvimiento de la vida privada y en su caso familiar de la persona a quien pertenece». (STS de 30 de diciembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Ante el grave estado de desperfecto en que se encontraba un inmueble, situación que fue denunciada por alguno de sus vecinos, la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Madrid acordó como culminación de un expediente administrativo, la realización de determinadas obras conminando a la propiedad a que la realizara y como no lo hiciera, acordó que se llevaran a efecto por la Sociedad con la que tenía concertados los servicios de apeos y derribos, que fue la que finalmente realizó la obra, entrando para ello en un piso que siendo propiedad del demandante se encontraba en situación de abandono.

En la demanda se reclaman la cantidad de quince millones de pesetas al Excmo. Ayuntamiento de Madrid y a la citada Sociedad por entender que se había vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado por la CE. Desestima el juzgado la demanda y la Audiencia la apelación. No ha lugar al recurso de casación. (O.M.B.).

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

4. Simulación.—Existe simulación absoluta cuando se crea una apariencia de negocio jurídico sin querer crearlo, sin pretender negocio alguno. La simulación es relativa cuando no se quiere el negocio aparente, pero sí otro que subyace y que se pretende ocultar.

La existencia o inexistencia de causa y su simulación son cuestiones de hecho que han de apreciarse por el Tribunal de instancia.

Los intervinientes en un negocio jurídico, tanto si está afectado de simulación absoluta como de simulación relativa, pueden pedir que se declare su inexistencia, pues de esta forma se hace prevaler la verdad, pero en el segundo supuesto no están legitimados para demandarse entre sí ni deman-

dar la nulidad del negocio simulado, pues fue realmente querido e implicaría ir contra los propios actos.

Respecto a la prescripción o caducidad, mientras que para la nulidad relativa rige el plazo de cuatro años, para la absoluta no hay plazo, ya que es imprescriptible. Aunque sea necesaria una sentencia declarativa de la nulidad absoluta, sus efectos no se producen desde la declaración, sino *ex tunc* y *erga omnes*, aunque haya que proteger a terceros de buena fe. (STS de la Sala 1.ª de 23 de octubre de 1992).

HECHOS.—Los litigantes estaban casados en régimen de gananciales. En tal situación fallece la madre del demandante y a consecuencia del reparto de la herencia le es adjudicada una finca de labranza indivisible, por lo cual ha de abonar a otros herederos una cantidad de dinero, de la que entrega una parte y el resto se aplaza. Una vez cancelada la deuda se otorga escritura de partición de la herencia. Posteriormente el matrimonio otorga capitulaciones matrimoniales sometiéndose al régimen de absoluta participación de bienes, partiéndose el único bien ganancial existente, una cartilla de ahorro con 250.000 pesetas. En la misma fecha (7 de mayo de 1981) y ante el mismo notario, el marido vendió la mitad indivisa de la finca heredada de su madre, por precio de 200.000 pesetas que confiesa haber recibido con antelación. El 8 de abril de 1986 el marido presenta demanda de solicitud de declaración de nulidad de la compraventa otorgada a su esposa, por simulación total por falta de precio. Esta se opondrá alegando la falta de acción del actor si se considera que existe simulación absoluta, o en caso de que se considere que la simulación es relativa, la prescripción de la acción. (I.S.P.).

5. **Simulación.**—No menos afortunada es la pretensión de querer convertir al contrato de compraventa en una donación ahora, en este trámite casacional, originando una cuestión nueva que no puede ser acogida porque crearía indefensión a la parte recurrida, ya que en el período expositivo del pleito la defensa del hoy recurrente consistió en afirmar reiteradamente que se trataba de una venta real. No hubo ni asomo de la tesis que ahora contradictoriamente se mantiene, que en sí misma, aparte de las anteriores consideraciones, es insostenible. En efecto, no se ha probado en el pleito que existiera *animus donandi* de la presunta vendedora, que es el ánimo de querer enriquecer sin ninguna contraprestación al donatario (aquí los presuntos compradores), pues hay que desechar la infundada tesis de que una compraventa simulada sea siempre un negocio jurídico que encubre donación por el simple hecho de la simulación con la que se hace, ya que el *animus donandi* no se presume; y no existe el cumplimiento del específico requisito de forma del art. 633 del Código civil al no existir escritura pública de donación, que es lo que en realidad ordena, siendo así que tal

forma es de naturaleza constitutiva del negocio por la importancia que reviste para el propio donante y terceros interesados (acreedores, legitimarios, etcétera), que no consienten que se suplante mediante otra escritura pública, sí, pero conteniendo un diverso y opuesto negocio como es la compraventa de mucha menor gravedad para aquéllos. (STS de 20 de octubre de 1992; no ha lugar).

6. *Datio pro soluto* y *Datio pro solvendo*: Doctrina general sobre su distinción.—Es doctrina reiterada de esta Sala (SS. de 14-9-1987, 4-10 y 15-12-1989 y 29-4-1991), y ampliamente expuesta en la S. de 13-2-1989, que establece que la *datio pro soluto*, significativa de adjudicación del pago de las deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, es un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta (así S. de 7-12-1985), ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa al carecer de reglas específicas; la *datio pro solvendo*, que tiene específica regulación en el art. 1.175 Cc., se configura como negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, pues que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación, toda vez que ésta sólo libra de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos (art. 1.175 Cc.) no generando, en consecuencia, el alcance de efectiva compraventa.

Tercería de dominio: Prueba del dominio: Momento de la adquisición de la propiedad por *datio in solutum*: Tradición instrumental por analogía.—Constituye requisito indispensable de toda tercería de dominio que el demandante pruebe cumplidamente la propiedad de los bienes objeto de la misma antes de la fecha en que se llevó a cabo el embargo; adquirida la propiedad mediante *datio pro soluto*, teniendo en cuenta el sistema del título y modo de los arts. 609 y 1.095 Cc. hay que entender que conforme a la S. de 13 de febrero de 1989 referente a la tradición del suspenso a sus acreedores de los bienes cedidos, aquélla no se produce por la efectividad del Convenio, sino por su aprobación por la autoridad judicial, que le confiere aspecto documentado transmisivo a los efectos de tradición o entrega, por aplicación analógica del art. 1.462 Cc., ya que el auto judicial aprobatorio del Convenio dictado en el expediente de suspensión de pagos es el instrumento público en que se consigna el negocio jurídico de la *datio in solutum*.

Embargo en expediente de apremio por deudas a Hacienda Pública.—No procede la tercera porque la adquisición de bienes por los terceristas fue posterior al embargo de los mismos por la Administración Fiscal. (STS de 19 de octubre de 1992; ha lugar).

NOTA.—El supuesto aquí contemplado nos traslada a los ejemplos didácticos con que suele ilustrarse el principio de prioridad, porque el primer mandamiento de embargo sobre las fincas objeto de la tercera se presentó en el Registro la víspera del auto aprobatorio del convenio. Es correcta, por lo demás, la calificación de tradición instrumental por analogía del auto aprobatorio del convenio del suspenso con los acreedores. (G.G.C.).

7. La buena fe.—Es doctrina reiterada que la buena fe es una cuestión de hecho apreciable en instancia, pero también un concepto jurídico. Partiendo de unos hechos acreditados y apreciándolos en su integridad hay que hacer de ellos una valoración jurídica.

La buena fe es por tanto una *máxima de experiencia*, que como cuestión de hecho es apreciable por el Tribunal de instancia y cuya apreciación ha de prevalecer mientras no resulte ilógica.

Consignación.—La consignación equivale al pago por lo cual ha de cumplir los requisitos de éste. No puede compelerse al acreedor a aceptar un pago parcial, por consiguiente la consignación de una parte de la deuda no produce efectos liberatorios por la parte depositada ni tampoco por los intereses correspondientes a ella. (STS de la Sala 1.ª de 22 de octubre de 1991).

HECHOS.—Debido a error, la compañía aseguradora paga dos veces el mismo finiquito a un asegurado, que acepta el doble pago. Demandado por la compañía para su devolución, en el acto de conciliación accede a pagar una cantidad inferior a la percibida alegando una compensación, como no le es aceptada procede a su consignación.

La compañía aseguradora presenta demanda por la que se pide la devolución de la cantidad indebidamente pagada con los intereses desde la fecha en que se produjo el segundo pago, por entender que su admisión prueba por sí sola la mala fe.

La sentencia de instancia estima en todo la demanda. La de apelación la revoca en la parte relativa a los intereses que entiende deben ser, de la cantidad consignada por el período desde el acto de conciliación a la consignación y de la parte no consignada desde el acto de conciliación hasta su efectivo cobro. En el recurso de casación se revoca la sentencia de la Audiencia y se confirma en todo la de primera instancia. (I.S.P.).

8. Valoración de la prueba (documento privado); distinción con la interpretación del contrato.— (...) se hace referencia a «interpretación» de la prueba cuando, en rigor, el material probatorio de los autos es susceptible de «apreciación» o «valoración» con el fin de fijar los hechos en que haya de basarse la sentencia, pero no es correcto entender que la prueba se interprete, y el artículo 1.225, que se cita como infringido, regula el valor probatorio de los documentos privados, pero no la interpretación de los contratos. El recurrente desplaza el valor probatorio del documento suscrito por él mismo y los demandados a si los efectos del contrato se extienden a quien éste considera causahabientes de los demandados.

El principio de la relatividad del contrato: los causahabientes a título particular.— (...) el artículo 1.257-1 del Código civil establece la regla general según la cual «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos» y, si bien es cierto que los causahabientes a título particular, por vía de cesión del contrato, pueden verse afectados, lo que no puede admitirse es que, en ausencia de tal cesión como sucede en el presente caso, incumplida por los compradores parcialmente su obligación de pagar el precio del solar transmitido, sucesivos propietarios de éste o de los pisos y garajes que, según el contrato, deberían ser entregados al vendedor como parte del precio, se vean obligados a cumplir tal contraprestación, pues ello violaría los «límites personales del contrato» sancionados en el artículo 1.257 (S. de 12 de abril de 1989), quiere decirse que la obligación de pagar el precio sólo se establece a cargo de los compradores y, en su caso, de sus herederos, pero no de los sucesivos adquirentes de la cosa vendida ni menos aún de los dueños de los pisos y garajes a cuya entrega se obligaron personalmente aquéllos sin constituir garantía real alguna, sin que, por otra parte, pueda invocarse con éxito, en este caso, el principio *nemo plus iuris transfere potest, quam ipse habet*, dado que los demandados adquirieron el solar sin limitación alguna (...). (STS de 5 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Por medio de juicio declarativo de mayor cuantía núm. 894/1981 y juicio declarativo de menor cuantía núm. 647/1985 acumulado al anterior, el actor reclama a los demandados el precio pendiente de pago de un contrato de compraventa privado. El Juzgado dictó sentencia estimando en parte la demanda presentada. La Audiencia Provincial de Bilbao, desestimando el recurso de apelación, confirmó íntegramente la resolución recurrida. El Tribunal Supremo desestimó la totalidad de los motivos del recurso de casación. (A.R.M.).

9. Preferencia de créditos.—Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo (SSTS de 3 de noviembre de 1989; 9 de julio de 1990, 20 de septiembre de 1991) y contraria a la mantenida en algún caso anterior (S. de 15 de marzo de 1988) la que estima que, a efectos de la aplicación del

artículo 1.924.3 Cc., la fecha determinante de la preferencia de un crédito no privilegiado frente a otro de igual condición, cuando ambos figuran en escritura pública o póliza equiparable a la misma, es aquella en que quedó determinada la cantidad exigible. (STS de 29 de octubre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—Cierta entidad bancaria interpuso demanda de tercería de mejor derecho en proceso ejecutivo de embargo iniciado por otra entidad de crédito, solicitando se declarase la preferencia del embargo procedente a instancia suya. La tercerista era acreedora en base a una póliza de préstamo con garantía personal, mientras que el título de la codemandada ejecutante era una póliza de crédito personal en cuenta corriente. En Primera Instancia se estimó la demanda. La Audiencia confirmó la anterior. (C.J.D.).

10. Contrato de compraventa de acciones. Resolución. Requisitos.—Esta Sala ha venido tradicionalmente exigiendo como requisito necesario para la aplicación del mecanismo resolutorio de las obligaciones sinalagmáticas contenido en el art. 1.124 del Código civil, una voluntad deliberadamente rebelde por parte del incumplidor consistente, bien en la ejecución por su parte de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento, o bien en una verdadera omisión de su prestación que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir su obligación indefinidamente. No obstante, la anterior postura doctrinal ha sido objeto de algunas matizaciones, principalmente de expresión, siendo fijada en sentido de exigir que el resultado consistente en el incumplimiento por parte de uno de los contratantes de las obligaciones que le incumben sea grave y le sea imputable al mismo, habiéndose producido como consecuencia de una conducta obstativa del mismo que, de un modo indiscutible origine, actividad que puede ser, en su caso, omisiva, y que puede consistir en una prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante. (STS de 30 de marzo de 1992; ha lugar).

HECHOS.—Se interpuso demanda sobre resolución de un contrato de compraventa de acciones. En la contestación a la demanda la parte demandada formuló reconvencción, en solicitud de declaración del precio que pagaron por la compra. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, decretando la resolución del contrato de compraventa, así como parcialmente la reconvencción de la parte demandada, en el sentido de declarar que el precio pagado por los actores reconvenccionales fue de cinco millones de pesetas. Interpuesto recurso por ambas partes la Audiencia Provincial confirmó la resolución de Primera Instancia. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por la parte demandada, decidiendo casar par-

cialmente la sentencia, en el sentido de desestimar la demanda contra él promovida y confirmarla en los demás extremos. (J.A.M.M.).

11. Suspensión del pago del precio.—Conforme al artículo 1.502 del Código civil, el retraso o la suspensión del pago del precio no tiene carácter de incumplimiento cuando la finca objeto de la compraventa no figure inscrita a nombre del vendedor y conste al comprador que el titular registral no ha recibido la parte del precio ya abonada.

Requerimiento de pago.—El Tribunal Supremo (STS de 11 de octubre de 1982) matiza el alcance del requerimiento de pago establecido en el art. 1.504 del Código civil, en relación con el art. 1.124, señalando que el simple retraso en el abono del precio no puede ser entendido como incumplimiento, si éste obedece a razones o causas que no son imputables al contratante obligado. Además es requisito para el ejercicio de la acción resolutoria que quien la ejercite no haya incumplido las obligaciones que le incumben.

Cláusula penal.—A pesar de haberse estipulado en el contrato el pago de una cantidad, en concepto de penalidad civil, en caso de incumplimiento de pago por parte del comprador, tal cláusula no entra en juego si lo que se produce es una conducta irregular por ambas partes y no puede imputarse el incumplimiento exclusivamente a una de ellas, sino que puede haber un incumplimiento recíproco. (STS de 30 de octubre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Don Jesús Picabea presenta demanda contra don José Mayoz, solicitando la resolución del contrato de compraventa de una finca. Solicita el reintegro del dinero dado como parte del precio y una cantidad de dinero en concepto de penalidad pactada, fundándose en el incumplimiento del vendedor por no otorgar escritura pública. El vendedor alega en reconvenición que el incumplimiento proviene del demandante, que no pagó el precio aplazado. La Primera Instancia declara resuelto el contrato y establece que hay un incumplimiento recíproco. La Audiencia confirma la sentencia. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar a casación. (L.S.M.P.).

12. Venta de local por construir: Calificación del contrato: No es venta *spei* sino *rei speratae*: Obligaciones del vendedor.—No es estricta venta de cosa futura o imprecisa, autorizada en el art. 1.271 Cc., sino de cosa futura determinada, ya que se da la existencia de una base material conformada por un solar sobre el que se proyectaba una construcción autorizada, comprensiva del local enajenado, pendiente de su configuración definitiva exterior una vez se llevase a cabo la edificación; es decir, la existencia material del objeto a entregar por el vendedor estaba condicionada a su construcción y en el momento de perfeccionarse el contrato se da como un hecho futuro cierto, y no incierto o posible; no se da aquí una

inexistencia total, a modo de *emptio spei*, sino de la concurrencia de una futuridad prevista, sin condicionalidades convenidas expresamente, pendiente únicamente de su consolidación mediante la efectiva y materializada función constructiva; lo que presupone indudablemente en el vendedor hacer entrega al comprador de lo enajenado, una vez alcance realidad exterior, con el deber de desplegar las actividades necesarias para que dicha existencia se produzca y así dar cumplimiento cabal y preciso al negocio en el que se obligó, que por ello no reviste naturaleza precontractual, ya que el comprador adquirió el local en función de su terminación, pues expresamente se pactó que el último plazo del precio sería efectivo a la entrega del local de referencia, por lo cual cabe concluir que el vendedor asumió los riesgos de que el inmueble enajenado no llegara a tener materialización y disponibilidad para realizar su entrega, ya que en el convenio base no se eximió ni se desvinculó de su obligación de entrega de lo que había enajenado, y cuyo mayor precio ya percibió, si bien se despegó de todo lo atinente a su adecuada terminación.

La Cooperativa constructora es tercero.—Ejercitándose una acción personal de cumplimiento entre comprador y vendedor, la Cooperativa constructora del edificio queda fuera del pleito, aunque el vendedor demandado ostentó la presidencia del Consejo Rector de aquélla, pues no intervino en calidad de tal en el contrato.

Indemnización de daños y perjuicios: Cuantía.—Es doctrina reiterada que las cuestiones relativas a la indemnización de daños y perjuicios son de hecho, correspondiendo su apreciación al Tribunal de instancia, de no impugnarse en casación por error en la apreciación de la prueba, fundado en el núm. 4.º del art. 1.692 LEC, que no se ha hecho en este caso.

Incongruencia.—Se alega incongruencia por no haber resuelto la pretensión de condenar al vendedor a retirar la chimenea de ventilación indebidamente construida en el local objeto de la compraventa; pero se trata de una cuestión que quedó resuelta en los Fundamentos de Derecho, pero que en aras de una más depurada técnica procesal debió tener reflejo en el fallo; pero esta falta de conformidad literal y rígida a lo pedido no se ha acogido por esta Sala como determinativa de incongruencia, en cuanto que concurre congruencia racional, adecuada flexiblemente a las lógicas y naturales consecuencias derivadas del tema planteado, como se deduce de las SS de 23-3-86, 10-5-88, 26-9-89 y 5-10-91. Es congruente la sentencia que absuelve de una de las peticiones contenidas en la alternativa del suplico y condena en la otra alternativa.

Indemnización por menor cabida del local vendido.—El local enajenado debía presentar un frente a la calle de 6,60 metros, más dos metros aproximadamente hacia el frente que da al portal, con una superficie total no superior a los 150 metros cuadrados, y sólo tiene, una vez construido, 5,30 m., 1,35 m. y 129,15 m² respectivamente, atribuyendo la sentencia tales diferencias, en forma exclusiva, al vendedor, sin que pueda perderse de

vista el sentido del contrato de local por construir que se refiere a cosa futura cuya materialización exigía respetar las condiciones convenidas.

Incumplimiento del vendedor.—El actor optó por pedir el cumplimiento del contrato, derecho que le asiste en todo momento pues cumplió con la única obligación que asumió, el abono de todos los plazos del precio pactado, menos el último que debía realizarse a la entrega, mientras que el vendedor no realizó actividad judicial ni extrajudicial dotada de la suficiente entidad positiva y eficacia constatada, para entregar el local a su comprador en la fecha fijada en el contrato, a lo que no equivale la interposición de un interdicto de recobrar la posesión; se da una situación de incumplimiento permanente por el vendedor, a pesar de que éste se comprometiera en acto de conciliación a cumplir lo pactado.

Indemnización de daños y perjuicios: Entrega de cosa no ajustada a los términos convenidos: Cumplimiento por equivalente respecto a las minoraciones superficiales del local entregado.—Procede la indemnización de daños y perjuicios cuando el obligado hubiera contravenido de cualquier modo las obligaciones que en su día voluntariamente contrajo, constituyendo una de las más graves vulneraciones de las obligaciones del vendedor cuando la cosa no se ajusta a los términos de lo convenido, dándose el cumplimiento por equivalencia respecto a las minoraciones superficiales del local vendido (STS de 1 de julio de 1992; no ha lugar).

NOTA.—La circunstancia de que ambas partes recurren en casación, siendo desestimados los dos recursos, produce alguna confusión en las argumentaciones de la sentencia (así ocurre con la acusación de incongruencia que se basa obviamente en distintos argumentos). El TS logra clarificar la discusión que centra en la calificación del contrato que vincula al comprador con uno de los cooperativistas a título particular. Estando el edificio en construcción se conviene la venta de un bajo con determinadas características. Acertadamente se califica el contrato de *emptio rei speratae* lo que modaliza el contenido de las obligaciones del vendedor. Llegado el momento del cumplimiento el local no reúne los requisitos pactados, y el comprador, que había abonado puntualmente los plazos vencidos, opta por el cumplimiento, señalando los Tribunales de instancia la indemnización por un doble concepto, incumplimiento de la obligación y menor cabida de la finca entregada. No se entienden bien las razones del recurso del comprador. (G.G.C.).

13. Compraventa de inmuebles. Resolución.—La estimación del cumplimiento de sus obligaciones por los actores excluye toda posibilidad de resolver el contrato sin necesidad de pronunciamiento expreso sobre tal petición, máxime cuando el art. 1.504 del Código civil, especial supuesto de la regla general del art. 1.124, exige que previamente se haya requerido la resolución judicialmente o por acta notarial que, además, choca frontal-

mente con el hecho, ya inconcluso, de que, por contra, hubo ofrecimiento de pago por vía notarial y anterior intento de verificar el pago por los actores que no les fue aceptado.

Incumplimiento contractual. Daños y perjuicios.—Si es cierto que la jurisprudencia tiene establecido que el incumplimiento contractual no lleva necesariamente aparejados los daños y perjuicios, también ha expresado que tal doctrina no es de aplicación tan absoluta que, en los casos en que de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzca necesaria y fatalmente la existencia del daño, sea preciso acreditar su realidad además de la de los hechos que inexcusablemente los han causado, aparte de que su existencia o no es cuestión de hecho de la libre apreciación del tribunal de instancia, de tal manera que la afirmación de que los daños y perjuicios no son consecuencia forzosa del incumplimiento, ha de matizarse en el sentido de entender que «no siempre» o de que hay casos en los que sí ocurre. (STS de 15 de junio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—La parte actora formuló demanda sobre elevación a escritura pública del contrato privado de compraventa de un inmueble celebrado con la parte demandada. En la contestación a la demanda, la parte demandada fundamenta su oposición en la falta de pago del último plazo del precio aplazado del inmueble.

El Juez de Primera Instancia estimó plenamente la demanda dejando sentado que hubo ofrecimiento de pago por los actores a través de acta notarial realizada en forma y sin que por contra ninguna iniciativa existiese para exigirlo o pedir la resolución. La Audiencia Provincial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación. (J.A.M.M.).

14. Compraventa de inmueble. Resolución por falta de pago del precio.—La pérdida de las cantidades entregadas por la parte compradora a cuenta del precio en calidad de indemnización de daños y perjuicios no contradice lo dispuesto en los arts. 1.123 y 1.124 del Código civil.

Recurso de casación. Cuestión nueva.—La afirmación vertida en el motivo constituye cuestión nueva no alegada ni en primera ni en segunda instancia, por lo que no puede admitirse en casación, ya que los motivos han de referirse a lo que en el pleito se haya debatido, exigiéndolo así tanto el principio de preclusión como el de igualdad de las partes en el proceso, ya que de lo contrario quedaría vulnerada la oportunidad procesal de defensa. (STS de 16 de junio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Se interpuso demanda sobre resolución de contrato de compraventa de bien inmueble fundada en la falta de pago por el demandado de las cantidades que le habían sido aplazadas. La parte demandada se opuso a la demanda, reconviniendo para que se

condenase a la demandante a otorgar escritura pública o subsidiariamente, de darse lugar a la resolución, a que se le devolviese las sumas entregadas e intereses. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación. (J.A.M.M.).

15. Venta en exclusiva por tiempo indefinido; duración; extinción por ruptura unilateral de buena fe; daños y perjuicios no probados.—

La jurisprudencia recaída en torno al contrato de venta con exclusiva demuestra que nunca se le puede asignar un carácter de perpetuidad cuando se concierta sin fijación de plazo; ello implica que cuando una de las partes no infringe la equidad ni la buena fe, tenga ésta derecho a rescindir el contrato sin que ello signifique abuso de derecho (SS de 28-5-1986 y 14-2-73); la indemnización de daños y perjuicios sólo procederá cuando se dé por terminado el contrato sin motivo alguno, lo que no acaece cuando no se pacta la fecha en que el contrato deje de producir sus efectos, máxime teniendo en cuenta que en el supuesto discutido estuvo vigente durante un largo lapso de tiempo (SS de 17-12-73, 6-3-78, 21-4-79 y 30-6-87); no hay ruptura indebida cuando se declara probado que los recurrentes habían recibido una propuesta de contrato escrito que no aceptaron y que implicaba la extinción del contrato anterior, a menos que se dejara al arbitrio de aquéllos la subsistencia del mismo contrato, lo que justifica la posición que adoptó la recurrida; la existencia de daños no puede deducirse de que por largo tiempo se celebrasen periódicas ventas de productos en exclusiva de la demandada, lo que no prueba la existencia de un «fondo comercial» aportado por los recurrentes.

Error de hecho.—No puede basarse en las mismas pruebas que ya examinó la Sala de instancia, pretendiendo que la de Casación realice una nueva apreciación de conjunto de la prueba, mencionando en bloque 35 documentos sin poner de relieve cuál o cuáles de ellos atestiguan el error del fallo recurrido, sino que se limita a afirmar que la sentencia de la Audiencia «ha incidido en claros errores en la apreciación de la prueba», olvidando que este recurso extraordinario no es una nueva instancia. (STS de 15 de octubre de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Con razón advierte Rivero Hernández, en Lacruz, *Elementos*, II-3, 2.^a ed., pp. 94 y s., que un pacto de exclusiva concebido como ilimitado supone una vinculación y una restricción de la libertad de contratar (y a veces de la individual de uno de los contratantes) contraria a ciertos principios generales de nuestro Derecho de Obligaciones, y corre el riesgo de infringir la legislación protectora de la libertad de mercado y de la concurrencia; entre los límites temporales, y a falta de una norma como el art. 2.559 Cc. ital. de 1942, queda a la discreción de las partes, y en defecto de pacto, las normas generales de la contratación, según las cuales es válido el

contrato que no tenga señalada duración determinada, pero con el derecho de denuncia unilateral, hecha de buena fe y no abusivamente. Doctrina de la que se ha hecho eco la jurisprudencia. En Francia la Ley de 14 de octubre de 1943, limita a diez años la duración de la cláusula de exclusiva (*vide* COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE, *Contracts civils et commerciaux*, París, 1991, pp. 683 y s. y 689 s.). (G.G.C.).

16. Compraventa de viviendas de protección oficial. Precio superior al legal. Validez del contrato con la comunicación al órgano administrativo competente. Improcedencia de la resolución por incumplimiento del comprador. No procede nulidad parcial. Nueva doctrina jurisprudencial.—En virtud del art. 1.445 Cc. la perfección de la venta es consecuencia de una concurrencia de voluntades, la del vendedor y la del comprador, y de una coincidencia entre su objeto y el precio, si bien éste se pactó conculcando disposiciones legales; los arts. 35 y 36 del RD 2960/1976, de 12 de noviembre, aprobatorio del Texto Refundido de la legislación de Viviendas de Protección Oficial, consideran tal hecho como falta muy grave y establecen un régimen de sanciones, lo que comporta el reconocimiento de la validez civil de los contratos celebrados, teniendo aquella infracción carácter administrativo, por lo que no implicaría la nulidad civil de que habla el art. 1.305 Cc., debiendo, además, tenerse en cuenta los arts. 1.255 y 1.256 que preconizan la libertad contractual y la imposibilidad de dejar al arbitrio de uno de los contratantes, la validez y el cumplimiento de los contratos; partiendo de ser válido y eficaz el contrato litigioso en la totalidad de sus estipulaciones, no obstante el señalamiento de precio superior al legal, tampoco procede la resolución a instancia del vendedor al no haber éste cumplido la totalidad de las estipulaciones contractuales desde el momento en que dejó de presentar la cédula de calificación definitiva a la entidad bancaria para que el comprador pudiera obtener crédito, obligación que le correspondía a tenor de una estipulación contractual; tampoco procede la nulidad parcial del contrato, siguiendo la doctrina contenida en la S. de 3 de septiembre de 1992.

Error de hecho.—El Tribunal de instancia ha cometido el error, probado por la prueba documental, de no considerar iniciado el procedimiento de descalificación de la vivienda con anterioridad a la celebración del contrato.

Litispendencia.—No existe por cuanto que la demanda originadora de la presente litis se presentó a reparto con anterioridad a la iniciación del otro procedimiento.

Costas.—En razón a la desestimación de la demanda y reconvenición habría que aplicar el criterio del vencimiento que previene el art. 523 LEC; sin embargo, la complejidad de las cuestiones planteadas y la peculiar postura mantenida por las partes en el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que les incumbían, aconseja no hacer declaración sobre las

causadas en primera instancia, sin que proceda tampoco con las de la apelación, y en casación, al estimarse el recurso, se aplica el art. 1.715-4.º. (STS de 14 de octubre de 1992; ha lugar).

NOTA.—Curiosa la peripecia procesal de la cuestión objeto de esta litis, pues la parte vendedora con sobreprecio insta la resolución por falta de pago, mientras que la compradora reconviene pidiendo se declare la nulidad parcial; en primera instancia se estima la demanda y se desestima la reconvencción, pero en apelación triunfa ésta; al estimarse el recurso de casación resultan insatisfechas ambas pretensiones pues se declara válido el contrato en todas sus cláusulas con la única consecuencia de dar cuenta de la infracción grave (venta con sobreprecio) al competente órgano administrativo.

La doble jurisdicción sobre las viviendas de protección oficial, la pluralidad de regímenes de estas últimas, la diversidad de ópticas con que se enfrentan al tema los Tribunales civiles y los contencioso-administrativos, están produciendo distorsiones graves, recientemente analizadas en este ADC (véase el estudio jurisprudencial de López Fernández, *Reflexión en torno a algunos problemas planteados por la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial*, 1993, pp. 1373 y ss.). Parece llegado el momento de que el legislador aborde el tema en general, y, en particular, el de los arrendamientos (el Anteproyecto de LAU que va a debatirse no parece que lo enfoque adecuadamente), y ello sin olvidar la vigente legislación en materia de protección de consumidores.

En el presente caso las razones para estimar el recurso que contiene el FD 3.º, con base en el error de hecho, son las siguientes: que la sentencia recurrida parte de que se ha obtenido la descalificación de la vivienda, que el acto administrativo de descalificación era posterior a la compraventa, y que el expediente para obtenerla no se había iniciado al tiempo de concertarse la venta. El TS avanza la duda de si el desconocimiento de los compradores se extendía también al carácter de vivienda de protección oficial. Con base en la prueba documental aportada se deduce no sólo que la vivienda tenía tal carácter, sino que el comprador conocía el inicio del expediente descalificador al contratar. Al apreciar *error facti* estima el recurso sin entrar en otros motivos, y sienta la doctrina extractada, de la que cabe dudar resuelva el conflicto de intereses en conflicto.

Tiene razón López Hernández (*loc. cit.*, p. 1382 y s.) al criticar la doctrina de la nulidad parcial coactiva como solución unívoca en la venta con sobreprecio de VPO; probablemente el caso aquí contemplado era de precio de mercado en base a estar concertada la venta con vistas a la descalificación de la vivienda, trámite que se retrasó por culpa administrativa; y si tal declaración se produce con eficacia retroactiva, no hay base para notificar al ente administrativo

la comisión de una posible infracción, porque la descalificación implica el ingreso del piso en el mercado libre.

En todo caso, parece consolidarse ya la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.^a que abandona el recurso a la nulidad parcial, tan laboriosamente construido por nuestra doctrina. (G.G.C.).

17. Contrato atípico de «vitalicio»: calificación.—El documento de 6-11-81 contiene la referencia a un traspaso de local de negocio para instalar en él el recurrente un Restaurante y, además, el compromiso del cesionario de dar de comer, en el Restaurante o en su domicilio, a los cedentes del local durante su vida; la Sala de instancia calificó este contrato de «vitalicio», diferenciándolo sustancialmente del contrato de renta vitalicia por entender que no hubo transmisión de la propiedad de bienes muebles o inmuebles a cambio de la pensión, y como tal calificación no puede tildarse de ilógica o contraria a las normas, ha de mantenerse por este Tribunal.

Naturaleza jurídica y Régimen jurídico.—Tratándose de un contrato atípico, carente en absoluto de normativa específica, debe tenerse en cuenta que su naturaleza es unilateral, pues sólo contiene obligaciones para el demandado que se comprometió a alimentar, no siéndole aplicable la facultad resolutoria del art. 1.124 Cc. y el incumplimiento no puede dar lugar más que a exigir el cumplimiento; puede afirmarse su carácter en parte oneroso, porque aun siendo independiente del traspaso del local de negocio, trae causa del mismo, aunque a dicha causa la califique el obligado sólo de «benevolente»; la aleatoriedad está en función de la duración de la vida; las normas por las que ha de regirse son fundamentalmente los pactos, las disposiciones generales de las obligaciones y de los contratos y, en último lugar, las normas de los contratos análogos, siendo cuestión a dilucidar si la analogía se da con la renta vitalicia o con los alimentos por convenio a que se refiere el art. 153 Cc.

Indeterminación del objeto: Facultad alternativa de cumplimiento.—La obligación de «dar comida y cena a favor de la actora, durante su vida, que serán servidas en las dependencias destinadas a comedor de los clientes en el Restaurante traspasado o en el domicilio de aquélla» tiene un objeto no bien determinado, y según el art. 1.273, la indeterminación del objeto no será obstáculo para la existencia del contrato, y conforme al art. 1.167, cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior ni el deudor entregarla de la inferior; no es obligación alternativa, sino que contiene una alternativa en cuanto a su cumplimiento, debiéndose corresponder la elección al obligado por aplicación analógica del art. 1.132.

Incumplimiento.—La recepción de una carta que el obligado envió al alimentante en la que decía: «Lamento comunicarle que considero excesivos los gastos devengados cada mes en nuestro Restaurante (...) Ruego tome

en consideración la racionalidad de esa oferta que se le hizo benévolamente por mi parte y que limito al menú habitual de la familia, servido en nuestras dependencias», supuso que el matrimonio dejara de comer en el Restaurante, no constituye ello incumplimiento, pues si no usar del derecho a comer, quedaría la obligación al arbitrio de una parte, con infracción del art. 1.256, y en el presente caso no consta la negativa expresa a la prestación alimenticia ni un solo día de ejercicio, y cuando el pago requiere la colaboración del acreedor no basta con que éste no haya recibido las viandas, sino que ha de probar que no las recibió a pesar de haberlas pedido.

Inaplicabilidad del art. 1.805.—No procede el abono de los alimentos atrasados, porque no se ha justificado el incumplimiento, ni el aseguramiento de los futuros mientras cumpla debidamente, puesto que la sentencia, cuando sea ejecutiva, si no se cumpliera voluntariamente, proporcionará al acreedor título suficiente para asegurar lo que en virtud de ella ha de recibir (art. 923 y concordantes de la LEC), pero conservando el derecho al cobro de los alimentos dejados de percibir durante el litigio. (STS de 21 de octubre de 1992; ha lugar).

NOTA.—La obligación o compromiso de dar de comer y de cenar al matrimonio figura en un contrato de traspaso de local de negocio. Con acierto la sentencia califica el contrato de «vitalicio» de parcialmente oneroso, pues aunque es independiente del traspaso, estima que trae causa del mismo. Esta afirmación da pie a suponer que existe un trasfondo no plasmado jurídicamente, pero que se reitera en la realidad social de los últimos años. Se trata de contratos otorgados por personas pertenecientes a la tercera edad, sea de cesión de la propiedad de la vivienda que ocupan a cambio de constituir un derecho de habitación, sea del traspaso de un local —que ya no pueden atender por la edad—, como en el caso de autos. El precio del traspaso se fija en cinco millones de pesetas pero el local está situado en zona céntrica de Madrid (plaza de Oriente) por lo que cabe la sospecha de un valor muy superior. La redacción del contrato adolece de imprecisión, si bien alguna cláusula parece introducida para enmascarar la obligación del deudor (la que la califica de prestación «benevolente»). Es correcto calificarla de obligación genérica, para poder aplicarle el art. 1.167 (se entiende que es un género limitado: entre los servidos por el Restaurante, el de calidad media). Parece claro que los beneficiarios interpretaron la carta del obligado como una negativa a cumplir, calificación que niega la sentencia y sirve para desestimar la reclamación de las comidas no servidas.

Por lo demás, como pone de relieve Lacruz, *Elementos*, IV-1.º, 3.ª ed., p. 68, la posibilidad de aplicar la normativa de los alimentos legales entre parientes a las otras obligaciones alimentarias predispuestas por la ley o el negocio jurídico, es bastante restringida; úl-

timamente Encarna Roca Trías utiliza la gráfica expresión de «alimentos no derivados del estado de necesidad» para calificar esta modalidad (*Derecho de Familia*, op. colectiva, Valencia, 1991, p. 38); la sentencia extractada también lo destaca adecuadamente. (*G.G.C.*)

18. La denominación de un contrato no ha de considerarse imperativamente procedente.—«No es suficiente que las partes, en sus relaciones contractuales, denominen las mismas en una forma nominal determinada, para que ésta haya de entenderse como imperativamente procedente y que así se imponga en su eficacia y aceptación. El principio de autoconfrontación voluntaria de los interesados en el pacto obligacional que les afecte, tiene las limitaciones establecidas genéricamente en el artículo 1.255 del Código civil.»

Integración del contrato.—«La abstracción a la realidad social, y en cierto sentido, rigidez de los contratos, exige llenar el vacío de su clausurado con la necesaria operatividad y función económica para la que fueron negociados y convenidos, pues de esta manera las formas previstas por la Ley o impuestas por la teoría de necesidades varias y deseos diversos, adquieren utilidad vivificadora, por ser instrumentos válidos para el tráfico jurídico.»

Validez de la renuncia a la «tácita reconducción» en un arrendamiento de temporada.—En un Arrendamiento de temporada excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 en virtud de su artículo 6-4.º y por ello, sujeto a la legislación, «la renuncia a la tácita reconducción es eficaz, pues se trata de un derecho concedido al arrendatario conforme a los artículos 1.566 y 1.567 del Código civil, y por ello es un derecho susceptible de renunciabilidad, conforme al artículo 6-2.º del Código civil, al suponer un mero contrato, no darse la concurrencia de terceros posibles perjudicados y no ser un precepto imperativo sino meramente facultativo, susceptible de ser excluido por el concierto de voluntades de los interesados». (**STS de 31 de diciembre de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.—La Sentencia recurrida tiene como base un contrato en el que se estipuló el arrendamiento de finca rústica para una siembra de maíz en la temporada 1985, en la modalidad de «contrato de temporada» inferior al año agrícola.

Ante la negativa del Arrendatario al abandono de la finca se interpuso ante el Juzgado de 1.ª Instancia, la correspondiente demanda de desahucio. A esta demanda se opuso el demandado alegando que a pesar de la denominación, no se trataba de un contrato de temporada, ya que el cultivo del maíz no es dicho costo y por ello, estaba sujeto a la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 y excluido de la legislación común. (*I.H.M.*)

19. Arrendamiento urbano de local de negocio sujeto a L.A.U.: Resolución por subarriendo parcial inconsentido. No procede por haber recaído consentimiento verbal expreso del Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad Arrendadora.—Sin dejar de reconocer que la doctrina de la Sala 1.^a, al interpretar el art. 22 L.A.U., ha venido exigiendo la forma escrita como medio único de probar la autorización del arrendador para el subarriendo, ha de partirse de que a tal exigencia no puede atribuírsele un valor constitutivo o de *condictio iuris* del subarriendo, sino un evidente carácter de requisito *ad probationem*, dirigida, no al arrendador sino al arrendatario, al ser la forma escrita el medio normal y más fehaciente para la prueba de la prestación de un consentimiento o la concesión de una autorización, pero no impide que el propietario-arrendador, en uso de sus libres y plenas facultades dispositivas, pueda conceder su autorización o prestar su consentimiento en forma verbal, siempre que ello lo pruebe plenamente el arrendatario y tal consentimiento sea expreso (no tácito o presunto).

Buena fe.—Se conculcaría en el supuesto del arrendador que concedió su autorización expresa, en forma verbal, para el subarriendo, cuando éste le resultaba beneficioso, y después, cuando considera que ya no le reporta utilidad alguna, pretende acogerse a la exigencia formal del artículo 22, aduciendo que la autorización no la concedió en forma escrita, pues dicha conducta envuelve un auténtico fraude de ley que los Tribunales de justicia no pueden de ningún modo amparar.

Prueba testifical.—Es doctrina reiterada la de que no es admisible en casación la alegación del art. 1.248 Cc., por ser precepto meramente admonitivo, lo mismo que el art. 659 LEC, al que de manera implícita se remite el precepto invocado, pues es también norma no preceptiva, autorizando ambas a los juzgadores de instancia para apreciar libremente las declaraciones de los testigos, conforme a las reglas de la sana crítica, que no constan en precepto alguno que pueda citarse como infringido.

Confesión. División. Hechos personales del confesante.—No se vulnera el principio prohibitivo de división de la confesión, cuando ésta se refiera a hechos diferentes o cuando una parte de la confesión esté probada por otros medios; las posiciones 5.^a y 7.^a se refieren a hechos diferentes, cuales son si las rentas que abonaba el subarrendatario se ingresaban en las arcas de la sociedad, de cuyo Consejo de Administración él era el Presidente, y él participó en todos los repartos de beneficios que se hicieron, y si dichas rentas eran variables en función del volumen mensual bruto de las ventas que se hicieron, a todo lo cual contestó afirmativamente, valorando la Sala esta prueba en función de las demás practicadas en el proceso; tales hechos entraban, o debían entrar en el ámbito de conocimiento del confesante, en su calidad de Presidente del Consejo de Administración de la sociedad demandada, en cuyo sentido tales hechos le concernían directamente, aparte de que, conforme al art. 587 LEC, podía haberse negado a contestar a tales po-

siciones, cosa que no hizo, sino que las respondió afirmativamente, estando redactadas sin imprecisión.

Prueba directa del consentimiento para subarrendar.—La Sala no ha tenido necesidad de acudir a la prueba de presunciones para considerar probado el consentimiento al subarriendo litigioso, al existir prueba directa con testigos tan cualificados como el Secretario del Consejo de Administración y el Letrado asesor de la sociedad demandada, quienes asistieron a la reunión de accionistas en la que se trató del tema del subarriendo parcial, los cuales manifiestan expresa y categóricamente que en esta reunión el Presidente del Consejo de Administración prestó su consentimiento al citado subarriendo, pues ante la advertencia del Letrado asesor, manifestó que «al ser él el propietario de dicho local no había ningún problema, toda vez que al ser socio y Presidente de la sociedad arrendataria, tenía interés en aumentar las cotas de beneficio de explotación del Supermercado». (STS de 14 de octubre de 1991; no ha lugar).

NOTA.—La comprensión del supuesto requiere conocer la doble personalidad del actor recurrente, que, al mismo tiempo, era propietario del local arrendado, y Presidente del Consejo de Administración de la sociedad arrendataria; doble personalidad que induce mala fe cuando con aquélla ejercita una acción de desahucio por inconstituido subarriendo, cuando en realidad se prueba cumplidamente que expresó verbalmente su autorización cuando fue requerido para ello.

Es de alabar la cuidada valoración de la prueba de confesión y testifical (cosa realmente infrecuente), siendo evidente que la cualidad de los testigos (Secretario del Consejo de Administración y Letrado asesor de la entidad demandada) fueron factores de gran credibilidad de su testimonio.

La interpretación que aquí se acepta de la exigencia del art. 22 de la todavía vigente L.A.U. es un ejemplo más del abandono del formalismo por parte de la Sala 1.^a, quizá por la inminente derogación de dicha ley. La curiosa modalidad de autocontratación (parcial) de que hace gala el actor le hubiera debido obligar a una abstención por colisión evidente de intereses, que ahora le hubiera favorecido.

Resolución absolutamente justa (Pte. Morales Morales). (G.G.C.).

20. Beneficio industrial.—Tras la reforma fiscal de 1964, tanto la Ley General Tributaria como otras normas inferiores, hacen referencia al beneficio industrial principalmente en dos aspectos, uno como presunción para el establecimiento de cuotas tributarias y otro incorporado a las ofertas y presupuestos de obra, que es el que aquí nos interesa. Este último viene siendo considerado por los Tribunales como del 15 por 100, algo superior al interés del dinero.

Tras la Constitución española han desaparecido las limitaciones contractuales de carácter general, y por tanto tal consideración del beneficio industrial sólo se llevará a cabo en ausencia de pacto entre las partes, bien para fijar otro distinto, bien para excluirlo. Esta exclusión suele hacerse en las obras cuya ejecución se contrata a tanto alzado. (STS Sala 1.ª de 15 de octubre de 1992).

HECHOS.—Se constituye una sociedad atípica para la construcción de unas viviendas de protección oficial en la que intervienen dos socios, decidiendo que de la cuenta de resultados cada uno obtendrá un beneficio proporcional al capital aportado y excluyendo expresamente el beneficio industrial. A continuación se efectúa un contrato por el cual uno de los socios realizará la obra con arreglo al presupuesto, haciendo expresa mención a la exclusión del beneficio industrial así como a la percepción de cantidad alguna como contraprestación a la vigilancia de ejecución de la obra, a la que también se compromete el mencionado socio.

Finalizada la promoción el otro socio pide la liquidación de beneficios, en demanda ante el juzgado de primera instancia, el cual realiza los cálculos sin tener en cuenta el mencionado beneficio industrial. Apelada ante la Audiencia, la sentencia de instancia es revocada en parte y en el cálculo de los costes de obra se incluye el beneficio industrial del constructor. El recurso de casación, interpuesto por el demandante de instancia, confirma la primera sentencia. (I.S.P.).

21. El aval a primera demanda.—El aval a primera demanda es un contrato atípico que nace de la voluntad de las partes, y por exigencias del tráfico jurídico, para romper las rigideces que al contrato típico del Código civil produce la accesoriedad, es decir, la dependencia absoluta de la obligación que con él se garantiza.

Es suficiente la reclamación del beneficiario para que el garante deba pagar, sin poder oponer más excepciones que las que deriven de la propia garantía. Basta la reclamación del beneficiario para que surja la presunción de que el obligado no ha cumplido, presunción que naturalmente puede ser destruida por el garante si prueba que su avalado cumplió el contrato y quedó liberado de su obligación. Se produce por tanto una inversión de la carga de la prueba, el beneficiado por el aval no ha de probar el incumplimiento por parte del deudor avalado, sino que es el garante el que ha de probar el cumplimiento.

La obligación de pago del avalista es por tanto de carácter abstracto, pues se independiza del contrato con el que inicialmente nació. (STS de la Sala 1.ª de 27 de octubre de 1992).

HECHOS.—Entre la sociedad demandante y otra sociedad se celebró un contrato de suministros de maquinaria y prestación de servicios de montaje, cuyo cumplimiento fue avalado por Banca Catalana con un aval a primer aviso hasta un límite establecido. La sociedad demandante reclama a B.C. el pago de la cantidad avalada y los intereses desde que por primera vez se le requirió notarialmente el pago por incumplimiento del contrato por ella avalado. (I.S.P.).

22. Incumplimiento contractual recíproco: efectos económicos del perjuicio causado a tercero.—Cuando se ha probado que existió incumplimiento de ambas partes contratantes, pero no se ha determinado quién incumplió primero, es aceptable el reparto de la responsabilidad en partes iguales entre los litigantes. El Tribunal Supremo calificó de correcta la «aplicación modalizada (...) de la *compensatio mora* que para las obligaciones recíprocas establece el párrafo último del artículo 1.100 del Código civil».

Arbitraje. Excepción de incompetencia de jurisdicción: Derecho transitorio.—Es doctrina del Tribunal Supremo la que considera —en el marco de aplicación de la antigua Ley de Arbitraje de 1953— desestimable la excepción de incompetencia de la jurisdicción cuando el compromiso de las partes de someter sus asuntos al arbitraje de equidad, recogido en una cláusula contractual, no fue posteriormente formalizado ni se hallaba en trámites de formalización. Se entiende que tal compromiso de arbitraje devino ineficaz al acudir una de las partes a la jurisdicción ordinaria antes de la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje de 1988, no siendo por tanto aplicable en estos casos la retroactividad prevista en la Disposición transitoria.

Conforme a la ley vigente, la reconvencción formulada por el demandante supone una renuncia al arbitraje, por tratarse de una «actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción» (art. 11). (STS de 2 de julio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Entre las entidades CRYOGAS y CONAVE mediaba un contrato de suministro y asistencia técnica, dirigido a la instalación de una planta de relicuefacción por encargo de «Astilleros Españoles, S.A.». A raíz del incumplimiento de una de las entidades, dejó de cumplir también la otra, con el consecuente retraso en la instalación. Esto último provocó una penalización reflejada en importantes descuentos en el precio. Cuando posteriormente CRYOGAS demandó a CONAVE el pago de la parte de precio que le debía, ésta no sólo opuso excepción de falta de jurisdicción (invocando una cláusula compromisoria de arbitraje del contrato) sino que formuló reconvencción solicitando se declarase la obligación de CRYOGAS de pagar las cantidades perdidas a consecuencia de la demora en la instalación. El Tribunal Supremo confirma las senten-

cias de instancia que resuelven atendiendo a criterios de equidad. (C.J.D.).

23. Responsabilidad del fabricante. Daños por aplicación de producto ineficaz. Naturaleza extracontractual.—El producto en cuestión no es simplemente defectuoso, sino ineficaz, al no ser de efectiva aplicación de la plaga de «prays citri», o del limonero, y, por tanto, no se trata de un mero vicio oculto, ya que éste presupone eficacia de lo normalmente producido, aunque con defectos con relación a su normal eficacia, lo que conduce a aplicar los requisitos de la responsabilidad extracontractual, cuales son un actuar culposo o negligente, como es producir un producto con proyección de mercado anunciándolo como eficaz para tratar la plaga del limonero, cuando en realidad carecía de esa anunciada eficacia, resultando una consecuencia dañosa, como es la pérdida de la cosecha a que tal producto fue aplicado, y relación de causa a efecto, pues el daño fue originado por la aplicación que hizo el demandante confiando en el anuncio hecho por la entidad que lo elaboraba y que no respondía a la realidad, siendo de observar que en la renovación de la inscripción del producto en el Registro Central no figura ya tal aplicación, supresión también realizada en el etiquetado posterior.

Cuantía de la indemnización. Ganancia dejada de obtener.—La sentencia recurrida ha infringido el art. 1.106 Cc. en tanto que la indemnización de daños y perjuicios ha de comprender la disminución patrimonial efectiva sufrida a causa del daño, y al haber dejado sin respuesta a las cantidades reclamadas en concepto de beneficio dejado de obtener como consecuencia de la ineficacia del citado producto, esa respuesta ha de producirse en casación, a fines de integrar adecuadamente el *factum* no explicitado adecuadamente por el juzgador de instancia, como tienen declarado las SS de esta Sala de 15-7-1983, 3-6 y 16-9-1988 y la STC de 11-6-1983, ya que lo contrario supondría vulnerar el principio del logro de justicia efectiva que consagra los arts. 24 y 120-3.º C.E. que demanda la adecuada motivación de las sentencias; tal beneficio es consecuencia de no haber obtenido la cosecha que normalmente habían de dar los árboles, fijando tal cantidad en la suma de 8.893.294 ptas. con sus intereses al tipo establecido en el art. 921 LEC (STS de 3 de octubre de 1991; ha lugar en parte).

NOTA.—No deja de sorprender que en los FD no se menciona la LGDCU de 1984 sino exclusivamente los preceptos del Cc. Tampoco es posible saber si aquella se invocaba en los recursos que ambas partes interpusieron. (G.G.C.).

24. Culpa extracontractual. Responsabilidad civil en el ejercicio de actividades deportivas. Lesiones oculares en juego de pelota a pala. Inicial inimputabilidad si la actividad lúdica se realiza prudentemente. Inaplicabilidad de la responsabilidad por riesgo.—La responsabilidad ci-

vil derivada de actos realizados en el ejercicio de una actividad deportiva a título particular entre amigos, como el juego de pelota a pala, en el curso del cual, y como consecuencia de un pelotazo, uno de los jugadores perdió un ojo a consecuencia del golpe recibido, carece de específica regulación, no ya normativa sino tampoco reglamentaria, a salvo la Ley del Deporte 10/1990, de 15 de octubre, que no toca este tema, no existiendo tampoco doctrina jurisprudencial en el marco del Derecho civil, lo que obliga a aplicar el art. 1.902 Cc.; este precepto, aun cuando considerablemente objetivizado por esta Sala, especialmente cuando su aplicación se proyecta sobre actividades, aspectos o conductas de clara y patente trascendencia social, conduciendo a una llamada socialización de responsabilidades, no es, en principio, de aplicación a las competiciones deportivas, dado que el riesgo particular implícito en el ejercicio de la misma, no puede equipararse a la idea de riesgo fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materias, que si bien esencialmente peligrosos, el peligro que su puesta en funcionamiento lleva implícito se ve compensado, en primer lugar, por el beneficio que como consecuencia de ello recibe la sociedad en general, y en cuanto al directamente explotador del medio, por los beneficios que a través de ello obtiene; en el presente caso, no es un deporte de masas, ni siquiera cultural, sino, al igual que ocurre con el tenis a estos niveles, la natación, etc., no son otra cosa que aspectos deportivos propios de la sociedad actual, que, a nivel individual, vienen a constituir una faceta lúdico-sanitaria en cuanto dirigida a paliar en cierta medida las consecuencias psíquicas que las agotadoras horas de servicio o trabajo diario, en medios lo suficientemente ásperos y en ocasiones hasta agresivos, como suelen ser aquellos en que se desenvuelven actualmente las actividades laborales, provoca en la persona la necesidad de acudir a manera de «válvula de escape» a la práctica de ciertos deportes de carácter más bien individualista, como el aquí contemplado; en materia de juegos y deportes de este tipo, la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar —rotura de ligamentos, fracturas óseas, etc.— va insito en los mismos y, consiguientemente, quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas, dolosas o culposas; lo que ha de imperar en este tipo de actividades son las reglas de prudencia que los jugadores deben seguir, debiendo a su vez tenerse en cuenta que los actos de los deportistas, aun cuando dirigidos a lograr las más adecuadas jugadas, no siempre producen el resultado perseguido, cual aquí ha acontecido, ya que no puede extraerse la consecuencia de que en un juego como el de pelota a pala, quien maneja ésta quiera lesionar a su compañero de competición, de la misma forma que tampoco se le puede exigir que la pelota vaya siempre al lugar adecuado; por todo ello hay que concluir que al demandado, y hoy recurrente, no le es imputable a título de culpa o negligencia, el acto que originó la pérdida del ojo izquierdo al actor y recurrido, en cuanto tal evento no es, en realidad sino consecuencia desgraciada, y siempre sentida, de cualquier tipo de juego, pero de respon-

sabilidad inicialmente inimputable. (STS de 22 de octubre de 1992; ha lugar).

NOTA.—Importante sentencia relativa a la culpa extracontractual en actividades lúdicas o deportivas no lucrativas, que parece ser la primera que se dicta en la materia, que dará origen, sin duda, a un amplio debate doctrinal por lo cual se resume *in extenso*, cuya trascendencia jurídica radica en la clara posición del TS al estimar el recurso y absolver de la demanda interpuesta contra el jugador causante del daño y una Compañía de Seguros, mientras en ambas instancias se estimó parcialmente la demanda, si bien la trascendencia económica (con ser inevaluable la pérdida de un ojo) no era grande, dado que se reclamaban algo más de 10 millones, se otorgaron algo más de dos en primera instancia y algo más de cinco en segunda, y existía un seguro (no se aclara de qué naturaleza) por lo cual no había presionantes razones de equidad para otorgar indemnización o dejar de hacerlo. Nos encontramos ante una *limpia* toma de postura del TS.

La doctrina de esta sentencia puede resumirse en la inicial inimputabilidad de las lesiones causadas en el ejercicio de actividades lúdicas o deportivas, no lucrativas, siempre que los participantes actúen con normal prudencia; se produce así, una causa de exclusión de responsabilidad que permitiría configurar tales hechos como *casus* o *vis maior*; o, si se prefiere, con terminología penal, se trataría de una causa de justificación o, eventualmente, de inimputabilidad.

Debo confesar la insatisfacción que me produce la lectura de los FD de esta sentencia. Una vez más el TS ejerce su facultad normativa creadora y resuelve que el juego de pelota a pala en el País Vasco no pertenece al grupo de «actividades, aspectos o conductas de clara y patente trascendencia social» (4.º FD). Creo que el Ponente se ha asomado poco por el País Vasco, pues de otro modo hubiera comprobado que el juego de pelota es deporte de masas y pertenece a la cultura vasca; ciertamente, el juego de pelota a pala requiere alguna infraestructura de suerte que no puede practicarse cómodamente en cualquier tipo de frontón, pero en modo alguno es minoritario y su práctica se ha extendido a otras regiones.

También suscita reservas el deslinde de campos que hace la sentencia: de un lado, la posible responsabilidad penal, dolosa o culpable, y de otro la irresponsabilidad civil; como la primera es difícil de probarse cabe concluir por la práctica impunidad de las lesiones causadas en actividades lúdicas o deportivas, salvo que se demuestre que su autor haya infringido esas «reglas de prudencia» a que alude la sentencia pero cuyo contenido no especifica.

Por otra parte, la inimputabilidad inicial no resuelve todos los problemas. Las lesiones pueden venir causadas o agravadas por el

deficiente estado de las instalaciones en que se desarrolla el juego o el deporte, ¿*quid* si el local se arrendó, o si se utilizó porque uno de los jugadores tenía facultad o autorización para hacerlo (por ser alumno o profesor o empleado del centro educativo)? ¿Es aplicable a los daños a terceros —espectadores, viandantes, etc.— la regla de la inicial inimputabilidad?

En mi opinión, cabe observar excesivo mimetismo hacia la doctrina penal cuando siempre se ha proclamado la autonomía de la jurisdicción civil para establecer sus propios criterios de responsabilidad.

La sentencia delimita con rasgos bastante netos el sector de la vida social al que, en principio, se aplica la doctrina que establece, a saber «actividades deportivas, a título particular, entre amigos». Parece que se aplicarán otros criterios a las actividades deportivas profesionalmente organizadas; pero entre éstas y las descritas hay zonas intermedias de no fácil diferenciación ¿*quid* si los amigos se cruzan apuestas, o las realiza el público?, ¿*quid* si los intervinientes en las competiciones son aficionados aunque haya un organizador, y, a veces, un patrocinador? Preguntas de no fácil respuesta suscitadas por la sentencia extractada. (G.G.C.).

25. Responsabilidad civil extracontractual. Inversión de la carga de la prueba.—Sin necesidad de hablar de responsabilidad objetiva, esta Sala ha aplicado reiteradamente la teoría de la creación del riesgo conforme a la cual no es suficiente que el agente respete preceptos reglamentarios, sino que ha de exigírsele guardar cuantas prevenciones aconsejen las circunstancias del caso y, además, es unánime el criterio jurisprudencial conforme al cual se produce la inversión de la carga de la prueba, por lo que en el caso de autos para exonerar de culpa al conductor, corresponde a él demostrar que la caída, aun coincidente con la frenada, no fue producida por ésta.

HECHOS.—La demandante sufrió daños y perjuicios como consecuencia del frenazo del autobús conducido por el demandado Wenceslao, M.L. y propiedad de la Empresa «G.A., S.A.». El TS casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado de Primera Instancia que había condenado a la empresa, al conductor y a la aseguradora. (STS de 15 de octubre de 1992; ha lugar). (J.B.D.).

26. Responsabilidad civil extracontractual.—La jurisprudencia de esta Sala (sentencias entre otras de 28 de diciembre de 1982, 6 de mayo y 13 de diciembre de 1983), ha reiterado que el principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, acogido en el artícu-

lo 1.902 del Código civil, pero aparte del mismo en el caso debatido es evidente que los organizadores de la marcha asumieron un riesgo evidente y ello, aunque se hubiesen adoptado precauciones que no se tomaron, puesto que aquellas parcas precauciones resultaron del todo insuficientes para prevenir los peligros en beneficio de los posibles perjudicados. Todo ello sin acudir al principio de la responsabilidad siquiera atenuadamente objetiva que debe regir actividades como las asumidas por los demandados, y entre ellos por la entidad actual recurrente.

HECHOS.—La muerte del menor, hijo del demandante, acaeció al implicarle junto con otros menores en una excursión por la montaña, que tenía un grado de dificultad grande para un muchacho de ocho años, por el recorrido, altura y marcha realizada, con peligrosidad y dificultad agravadas por la edad del menor, el reciente temporal provocador de neveros o pequeños glaciares, por un declive al norte de un desnivel del 50 por 100, y todo ello realizado sin los medios más elementales para garantizar la seguridad de los componentes de la marcha y en su caso hacer frente a las incidencias fácilmente previsibles. Fueron condenados tanto las entidades organizadoras de la excursión como los monitores participantes en la misma. (STS de 30 de octubre de 1992; no ha lugar) (J.B.D.).

27. Responsabilidad civil extracontractual. Presupuestos. Prueba del daño.—Como la existencia o no del daño es una cuestión estrictamente fáctica y la sentencia recurrida declara que en el presente supuesto litigioso no aparece probada la realidad de dicho daño o perjuicio, esa apreciación probatoria ha de ser mantenida invariable en esta vía casacional, al no haber sido la misma combatida ni, mucho menos, desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello, cual es el del error en la valoración de la prueba.

Relación de causalidad.—La determinación del nexo causal entre la acción u omisión y el resultado dañoso, aunque perteneciente al ámbito de la *quaestio iuris* y, por tanto, revisable en casación a través del medio impugnatorio aquí utilizado, es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia y que hay que respetar en casación en tanto no se demuestre que los mismos han seguido, al negar la existencia de dicho nexo o relación, una vía o camino erróneo, no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica o buen criterio (Sentencias de esta Sala de 26 de mayo de 1982, 26 de febrero de 1983, 11 de febrero de 1984, 13 de junio de 1988, 16 de enero y 25 de septiembre de 1989, 10 de junio de 1991, entre otras).

HECHOS.—La solicitud de indemnización de daños y perjuicios tenía su base en la difusión, por un medio de comunicación, de la noticia de la suspensión de la actuación de un cantante, lo que, a juicio del actor, determinó una menor asistencia de público. La de-

manda fue desestimada por el Juzgado y por la Audiencia. No prospera el recurso de casación. (STS de 19 de octubre de 1992; no ha lugar). (J.B.D.).

28. Responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno. El sujeto responsable según el artículo 1.903.4.º del Código civil.—El artículo 1.903 del Código civil permite que se demande y se condene electiva o cumulativamente tanto al director del medio de comunicación donde se publica la noticia o el reportaje como a la empresa propietaria del periódico, pues uno y otra son responsables por culpa *in vigilando* o *in eligendo* en relación con el directo e inmediato causante del daño, que procede con culpa *in operando*, de las consecuencias del acto ilícito que origina la indemnización, sin que sea posible que uno eluda por otro la pertinente responsabilidad, de modo que la referencia a «dueños o directores de un establecimiento o empresa», en lo que concierne a empresas periodísticas, no autoriza la exclusión de cualquiera de ellos, cuando ambos son demandados, y, ni por ello, la del director del periódico, como se pretende, amparándose en su cualidad de empleado cualificado, que se refiere a unas relaciones internas, no conducentes con el tema debatido, en tanto que es el director quien vigila y controla la confección del periódico y la elaboración de sus contenidos materiales, lo que origina la responsabilidad propia de la función directiva que desempeña». (STS de 22 de abril de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El dominical de un periódico publicó un reportaje sobre la prostitución masculina, en el que se incluía una fotografía en la que aparecían un joven y un adulto, perfectamente identificables, bajo un cartel de toros, con un pie explicativo que textualmente decía: «El joven que no tiene reparos en hacer la “esquina”, ofrece sus “servicios” previo pago de “equis talegos”». Se acreditó que la fotografía no se corresponde con personas vinculadas con el tema del reportaje, sino con un padre y su hijo charlando mientras esperaban que se abrieran las taquillas de la plaza de toros. Fueron demandados y condenados, en primera y segunda instancia, la autora material del reportaje gráfico, el director del diario y la empresa editora. Recurrieron en casación el director del diario y el representante legal de la empresa editora. Sostiene la representación procesal de los recurrentes, en uno de los motivos del recurso, que “la responsabilidad establecida en el artículo 1.903 del Código civil no es trasladable al director del periódico en la concreta referencia a los directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes, y, con ocasión de sus funciones, puesto que el director del periódico no tiene facultades o poderes de la empresa propietaria de un periódico, por lo que se puede considerar en todo caso como un empleado cualificado, pero hemos de entender que, en todo caso, la responsabilidad de todos sus emplea-

dos lo es de la empresa propietaria del periódico, responsabilidad que, en base al artículo 1.903, no es trasladable al director del medio de comunicación". El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Ha existido un debate doctrinal y jurisprudencial en torno a si la Constitución derogó el sistema de responsabilidad establecido por la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 (artículo 65.2: «La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario»). Sea cual fuere la posición adoptada (la sentencia que anotamos declara la vigencia del artículo citado), lo cierto es que la normativa del Código civil en materia de responsabilidad civil extracontractual (artículos 1.902 y 1.903) proporciona, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial mayoritaria, la posibilidad de llegar al mismo resultado práctico: la responsabilidad solidaria de redactor, director y editor.

Según se deduce de la lectura de los fundamentos de derecho de la sentencia, fueron precisamente los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil el apoyo normativo para condenar a los demandados. Nos interesa, en particular, la forma en que se aplica el artículo 1903.4.º tanto al director de la publicación como al editor.

Para designar al sujeto responsable por hecho de otro, el artículo 1.903.4.º del Código civil utiliza la expresión «dueños o directores de un establecimiento o empresa». ¿Permite tal expresión la inclusión del director de un periódico? El legislador español, apartándose de las voces «maîtres» y «commettants» del precedente francés, introduce un rasgo de modernidad, al vincular esta responsabilidad a las esferas profesionales del comercio y de la industria. Sin embargo, la expresión utilizada plantea problemas interpretativos de muy difícil solución. Situar en un mismo plano, a los efectos de declarar su responsabilidad, al dueño y al director, supone desconocer que su posición en la empresa es distinta y que únicamente coinciden ambas cualidades en una misma persona cuando se trata de organizaciones económicas de mínima entidad. El análisis gramatical de la norma (recuérdese los elementos de interpretación contenidos en el artículo 3.1 del Código civil), partiendo del carácter no excluyente de la disyuntiva «o», nos conduce inevitablemente a la conclusión de que puede figurar como sujeto responsable ex artículo 1.903.4.º, el dueño, el director o ambos a la vez. El TS sostiene, en esta sentencia, este punto de vista al señalar que «el artículo 1.903 del Código civil permite que se demande y se condene electiva o cumulativamente tanto al director del medio de comunicación donde se publica la noticia o el reportaje como a la empresa propietaria del periódico...».

La desafortunada redacción del artículo 1.903.4.º debería permitir abrir la puerta, en este punto, a una interpretación distinta de la norma, que tuviese en cuenta la posición subordinada, incardinada en una relación de dependencia, de las personas que desempeñan funciones de dirección en la empresa (téngase presente la STS de 6 de diciembre de 1912, en la que se señalaba que el cargo de director de un periódico no implica falta de subordinación a la autoridad de la empresa editora).

Volviendo al caso resuelto por la sentencia, consideramos que el artículo 1.902 permitiría condenar tanto al autor material del reportaje como al director de la publicación, que no hizo uso del derecho de veto que le otorga el artículo 27 de la Ley de Prensa e Imprenta, reservando el artículo 1.903.4.º para aplicarlo únicamente al editor. (*J.B.D.*).

29. Artículo 1.905 del Código civil: exoneración de responsabilidad.—Para que el poseedor del animal pueda quedar exonerado de la responsabilidad derivada de los perjuicios que se causan, es requisito indispensable la existencia constatada de una fuerza mayor, o de la culpa de la víctima (artículo 1.905 del Código civil, que se cita como infringido) y esas circunstancias aparecen ausentes en las actuaciones. (**STS de 31 de diciembre de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.—Los padres del menor D.M.S. formularon demanda de Juicio Declarativo de Menor Cuantía por culpa extracontractual derivada de no haber adoptado las precauciones exigibles en la que reclamaban la indemnización de las lesiones sufridas por el pequeño y ocasionadas por una res bravía. (*A.R.M.*).

30. Responsabilidad del propietario ex art. 1.907 Cc.: Configuración objetiva. Carga de la prueba: Incumbe al propietario.—Según el art. 1.907 Cc., «el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias», y a este respecto, se tiene que la responsabilidad de que se trata ha de configurarse objetivamente en atención al riesgo originado por el estado del inmueble, y para liberarse de la misma no basta probar que se hicieran reparaciones, sino que éstas han de ser las «necesarias».

La carga de la prueba de que el propietario ha realizado las reparaciones necesarias corresponde a éste, en virtud de la inversión de la misma derivada de la situación de riesgo, pues ha de partirse de la presunción, implícita en el art. 1.907 Cc., de que el mal estado de un edificio o parte de él es imputable a su propietario. (**STS de 30 de junio de 1992**; ha lugar en parte).

HECHOS.—Habiendo realizado una comunidad de propietarios obras de conservación en la fachada del edificio, de la cual se desprendió un trozo de cornisa que, al caer, causó la muerte del hijo del actor, demandó éste a la comunidad de propietarios y a la entidad aseguradora, solicitando el abono de una cantidad en concepto de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia, apreciando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandada la sociedad constructora, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocando la sentencia de instancia y condenando a la comunidad de propietarios y a la aseguradora a abonar solidariamente al actor la cantidad fijada en concepto de daños y perjuicios más los intereses legales. Prospera en parte el recurso de casación (dejando sin efecto la condena al abono de intereses y confirmando el resto).

NOTA.—Prospera en parte el recurso de casación porque el actor no solicitó el abono de los intereses legales, a los que, sin embargo, la sentencia impugnada sí condena, produciendo con ello la indefensión de las codemandadas, que se vieron privadas de la posibilidad de discutir en el proceso la pertinencia o no del abono de intereses. Con ello, la Audiencia se pronunció *ultra petita* sobre este punto y el Tribunal Supremo acoge este motivo del recurso, dejando sin efecto esta parte de la condena. (E.A.P.).

4. DERECHOS REALES

31. Acción de deslinde y reivindicatoria: no es necesario demandar a todos los colindantes. Reclamación de daños y perjuicios por contaminación: excepción de litisconsorcio pasivo necesario: procede.—Si se pide el deslinde con una sola finca y con nadie más, porque sólo el lindero con ella era el que se había hecho incierto, es evidente que la sentencia que se pronuncie en nada afecta ni perjudica a los otros colindantes, y de ahí que no sea necesario traerlos al proceso, bastando con que se entable con el titular de la finca cuyo lindero es controvertido.

Si la prueba pericial practicada —ciertamente muy escasa a la vista de la complejidad técnica del tema de la contaminación— revela sin lugar a dudas que la entidad demandada contamina en proporción no determinada la finca del actor, pero también que ésta sufre la contaminación por la actividad industrial desarrollada por la sociedad igualmente colindante, que no ha sido traída al proceso, debe acogerse la excepción falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya que de otra manera sería injusta cualquier condena exclusiva de una sola industria por la contaminación. (STS de 13 de octubre de 1993; ha lugar).

HECHOS.—Debido a que la entidad demandada era dueña de una finca colindante con la perteneciente a una comunidad de propietarios, en la que realizaba su actividad industrial, generando residuos nocivos de tipo químico, que se acumulaban sobre terrenos de su propiedad, pero que poco a poco fueron aumentando y comenzaron a depositarse sobre la finca del actor, generando a su vez más residuos que se extienden por toda ella, se ha borrado el lindero que separaba las propiedades y se ha producido la invasión de parte de la finca del actor por los residuos, así como daños y perjuicios a toda la finca en su conjunto; por todo ello, un propietario, en su nombre, y en interés y beneficio de la comunidad de propietarios, interpuso demanda, solicitando que se condenase a la entidad demandada a efectuar un perfecto deslinde entre la finca del actor y la suya, a reintegrar al actor en la plena y pacífica posesión de su finca, retirando todos los depósitos de residuos químicos, dejándola limpia y apta para cualquier destino posible, y en su caso, se obligue a indemnizar a la actora. La sociedad demandada se opuso, negando que hubiese inmisiones en la finca del actor y alegando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por la circunstancia de que también en terrenos colindantes con la finca del actor estaba instalada y en funcionamiento una fábrica de hormigones, siendo ésta la causa eficiente del posible mal estado de su propiedad.

El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda; por el contrario, la Audiencia Provincial estimó de oficio la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, revocando la sentencia recurrida y absolviendo al demandado sin entrar en el fondo del asunto. Prospera el recurso de casación, que revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (E.A.P.).

32. Requisitos de la posesión para la prescripción extraordinaria.—Para adquirir por medio de la prescripción extraordinaria de 30 años establecida en el artículo 1.959 del Código civil se requiere no sólo la posesión durante el indicado período de 30 años, sino también que tal posesión se hubiera producido, según exige el artículo 1.941 del Código civil en concepto de dueño, pública y pacíficamente, así como que esa posesión se haya llevado a cabo con buena fe.

Posesión en concepto de dueño.—En este sentido, la percepción de rentas por un partícipe comunitario y el abono de contribución territorial por sí solo, en relación con bienes que comunitariamente venían correspondiendo por causa hereditaria al perceptor de tales rentas, y abonante de la indicada contribución, es insuficiente para generar posesión en concepto de dueño al poder responder a una actividad de mera administración de la expresada comunidad por vía de sucesión hereditaria.

Carácter personalísimo del testamento.—El artículo 670 que prevé el carácter personalísimo del testamento, se vería vulnerado de autorizarse

que un cónyuge alterase la voluntad testamentaria establecida por su cónyuge premuerto, dando por pagadas, por entrega de bienes que el primero dice haber efectuado al causante de los herederos, la herencia que del segundo les correspondía.

Inaplicación del artículo 1.966-2.º y 3.º del Código civil.—Si bien las normas 2.ª y 3.ª del artículo 1.966 del Código civil establecen que por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones de satisfacer el precio de los arriendos, sean éstos de fincas rústicas y urbanas y la de cualesquiera otros pagos que deben hacerse por años o en plazos más breves, es asimismo de considerar que el citado artículo se haya limitado a favorecer prescriptivamente con exclusividad al arrendatario con relación al arrendador, pero sin aplicación, por tanto, al supuesto de reclamación de unos copartícipes de la parte proporcional de las rentas que les corresponda y cuya totalidad ha sido percibida por otro de los partícipes, ya que la acción ejercitada a tal fin es meramente de índole personal genérica comprendida en el plazo de prescripción de quince años establecido en el artículo 1.964 del Código civil. (STS de 29 de febrero de 1992; no ha lugar). (I.H.M.).

33. Límites a los derechos de propiedad intelectual.—En virtud de las circunstancias del caso se establece la convicción del órgano *a quo* sobre la inexistencia de plagio o copia en atención a que al ser el sistema de edición utilizado de común patrimonio de la sociedad porque es una forma amplísimamente practicada en todos los ámbitos del saber humano como instrumento de conocimiento y divulgación y al ser la materia a tratar de una objetiva plasticidad como lo es el arte monumental y de una realidad sensitiva que sin embargo requiere para su descripción de una múltiple literatura producto en cada caso de la subjetiva apreciación del autor que lo describe, es patente que esa imaginación creativa y su traducción en palabras de la percepción sensitiva referida, no podrá nunca escapar de esos denominadores comunes como son el monumento, el estilo a que corresponda y en terminología específica con que se denomina cada uno de los elementos físicos que lo componen.

Por otra parte, el Tribunal considera que no es de despreciar la idea de que en estas hipótesis, la excesiva apreciación de lo que supone copia, llevaría consigo un valladar que yugularía el acicate imaginativo que proyecta su diversidad en un enfoque y óptica distinta respecto de un mismo monumento u obra de arte, que obviamente es un objeto que escapa de la órbita patrimonial particular ya que están comprendidos dentro del acervo moral y sensitivo de la comunidad.

Valoración de la prueba pericial.—Tiene declarado insistentemente esta Sala que en ningún caso están los Tribunales forzados a sujetarse al parecer de los peritos, y si bien al art. 632 LEC establece que se atenderá en su apreciación a las reglas de la sana crítica, dichas reglas no constan en precepto legal alguno que pueda invocarse como infringido en casación

(S. 7 de junio de 1984). En esta línea, el Tribunal declara que «solamente cuando el juzgador tergiverse ostensiblemente las conclusiones periciales o falsee en forma arbitraria sus dictados o extraiga conclusiones absurdas o ilógicas podrá prosperar la impugnación por esta vía». (STS de 20 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El demandante solicita la declaración de ser el legítimo titular de los derechos derivados de la obra «Enciclopedia de Zamora», y en especial de su vertiente de álbumes en color cuyo primer volumen corresponde a «El románico en Zamora» y subsiguientemente que dichos derechos han sido conculcados con la publicación del álbum de cromos sobre «El arte en la provincia de Zamora» y ello en razón a tener la parte actora suscritos sus derechos en el Registro de la Propiedad Intelectual.

La demanda fue estimada en orden a la primera declaración, mas no así en cuanto a la segunda, como tampoco respecto a las pretensiones complementarias concernientes a la prohibición de la edición, publicación, distribución y venta del álbum editado por la demandada tanto por la sentencia de primer grado como por la dictada en el recurso de apelación. No ha lugar al recurso de casación. (O.M.B.).

5. DERECHO DE FAMILIA

34. Derecho de visita del progenitor privado de la guarda: Fundamento: Razones de su privación: No lo son el enfrentamiento entre los padres, ni la no concesión de la patria potestad conjunta. Prueba pericial: valoración discrecional.—El derecho de visita constituye continuación o reanudación de la relación paterno-filial, evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos, argumento sólidamente establecido que sólo cede en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo, circunstancias que no se aprecian en el presente caso; no pueden aducirse las razones que tuvo en cuenta el Tribunal para privar al padre de la patria potestad conjunta, pues una cosa es la inconciliable postura de enfrentamiento de la pareja, que haría sumamente difícil la conjunción deseable en la patria potestad, y otra bien distinta el peligro concreto y real para la salud de la menor, que denuncia la recurrente, o las graves circunstancias a que condiciona la suspensión del derecho de visita el art. 94 Cc., cuya aplicabilidad tampoco encuentra apoyo en los dictámenes técnicos, por otra parte, de apreciación discrecional. (STS de 19 de octubre de 1992; no ha lugar). (G.G.C.).

35. Unión libre *more uxorio*: Consecuencias patrimoniales. Doctrina general.—Sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer, como manifestación del derecho fundamental al «libre desarrollo de la personalidad» del art. 10 CE, y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de la unión matrimonial (art. 39 CE), no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (S. del TC 19/1990, de 19 de noviembre, y Auto del TC 156/1987) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla, en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes, la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente, en la generalidad de los casos, para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma; por ello entendemos que la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial (Tit. III, del Libro IV del Cc.) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma; ello sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad, no por *analogia legis*, que aquí no se da, sino por *analogia iuris*, de algún determinado régimen económico de los diversos que para el matrimonio regula el citado Título del Cc., siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito, deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos, que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo; por lo que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial *more uxorio*, por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario, o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso, o por sus *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso), durante la duración de la unión de hecho.

Doctrina jurisprudencial.—No constituyen jurisprudencia para fundamentar un recurso de casación la S. de 1 de junio de 1987 de la AT de Palma de Mallorca y la S. de 21 de abril de 1986 de la AP de Córdoba.

Ausencia de pacto entre convivientes *more uxorio*: Error en la apreciación de la prueba.—Declarado que no existe prueba alguna, directa o indirecta, ni siquiera por vía de presunciones, de que don Juan-Manuel y doña María, conocida por Rosa, al iniciar su relación convivencial, o durante el corto decurso de la misma de poco más de dos años, hubieran pactado el hacer comunes los bienes adquiridos a título oneroso, por alguno de ellos, durante la subsistencia de dicha unión de hecho, no prueba el error de hecho el certificado expedido por el Secretario de la Comunidad de Propietarios, del total ingresado por la vivienda ocupada por los convivien-

tes, sin expresar la persona que efectuó el pago habiéndose demostrado por otros medios que los convivientes ingresaban sus respectivos haberes mensuales en cuentas separadas e independientes, sin aparecer acreditado pago alguno por la actora que pudiera originar, siquiera por razones de equidad, algún derecho al reintegro de las sumas en su caso empleadas. (STS de 21 de octubre de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Acertada S. en cuanto al fondo y a las líneas generales de su argumentación en el —oportunamente calificado (5.º FD)— «vidrioso tema de los efectos patrimoniales *inter partes* de la llamada unión libre *more uxorio*, la cual *de lege data* sólo es susceptible de tratamiento individualizado, caso por caso. Por ello en el 2.º FD se recogen minuciosamente los hechos básicos del pleito: varón viudo, con dos hijos menores de edad cuya guarda no ejerce; mujer separada, con dos hijos menores, cuya guarda ostenta el marido; convivencia en el piso propiedad del varón desde agosto de 1984 hasta 1 de octubre de 1986, en que fallece aquél, conviviendo accidentalmente los fines de semana los hijos de cada uno en el mismo piso; cuentas corrientes separadas y distintas, de las que eran titulares cada uno de los convivientes, en que se ingresaban las remuneraciones de cada uno (entre 200.000 y 250.000 ptas. mensuales el varón y 77.000 ptas. la mujer; el piso adquirido antes, de una cooperativa, gravado con hipoteca a la que atendía exclusivamente el varón, su propietario, siendo cancelada a su fallecimiento por un seguro; plaza de garaje adquirida igualmente por el varón con préstamo hipotecario que él sólo atendía; testamento abierto otorgado por aquél, nombrando únicos herederos a sus dos hijos y designando tutor testamentario de los mismos al matrimonio que ejercía la guarda. La ausencia de cualquier pacto, expreso o tácito, entre los convivientes no podía sino conducir al rechazo de las pretensiones de la mujer dirigidas a que se le atribuyese la mitad de todas las adquisiciones y emolumentos del varón obtenidos durante la convivencia.

Alguna observación a la, por lo demás, impecable argumentación: Me parece inadecuado invocar ante los Tribunales ordinarios el art. 39.1 CE, precepto vaciado de contenido en los tres lustros de vigencia de nuestra Carta Magna, que, por un lado, es muestra de la «degradación» sufrida por la institución familiar (cuya protección se coloca a nivel parecido que la del medio ambiente), y que, por otro, nunca ha servido para proteger efectivamente a la familia matrimonial (la S. del TC sobre declaración por separado de los cónyuges en el IRTP se basó en el principio de no discriminación). (G.G.C.).

6. DERECHO DE SUCESIONES

36. Nulidad de testamento por falta de capacidad del testador: No requiere como condición la declaración judicial de incapacidad.— (...) no es preciso ni siquiera que tal declaración judicial exista como condición, ni con anterioridad, ni al tiempo del otorgamiento, ni posteriormente, a los fines de denunciar la nulidad del testamento, por causa de incapacidad del testador, aunque de su concurrencia se deduzcan determinados efectos, que, en el caso presente, no han revestido significación, no obstante, la utilidad de su valoración como un elemento más en el conjunto de los probatorios, dado que si establece el artículo 666 que «para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento», este mandato no impide que una sintomatología manifestada, abruptamente, con posterioridad, sirva como explicación de trastornos antecedentes de la conducta.

Apreciación de la capacidad del testador. Cuestión de hecho.— (...) el estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia que valora la prueba pericial sin más pautas que la regla de la sana crítica (SS de 18 de diciembre de 1958, 19 de enero de 1960 y 7 de febrero de 1967).

La presunción de capacidad en el testador hecha por el notario puede ser destruida por ulteriores pruebas.— (...) la presunción de capacidad del testador, siempre destacada por la jurisprudencia (S. de 30 de abril de 1920) aunque con valor *iuris tantum* (SS de 8 de mayo de 1922, 25 de octubre de 1928 y 23 de marzo de 1944), que admite, por propia definición, pese a su rango de fuerte presunción, que se destruya por pruebas, cumplidas y convincentes, demostrativas de que en el acto de otorgar testamento el testador no se hallaba en su cabal juicio, pues la declaración que en este sentido revisorio, hagan los tribunales no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieran formar el notario y los testigos sobre la dicha capacidad en el acto del otorgamiento (S. de 16 de febrero de 1945), conforme, además, resulta, según destacó la sentencia de 23 de marzo de 1940, de la misma dicción del Código, que, en su segunda edición, sustituyó la expresión «deberán asegurarse» (de la capacidad), referida al notario y los testigos, por la de «procurarán asegurarse», que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza. (STS de 22 de junio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—La Audiencia Provincial de Bilbao, desestimando el recurso de apelación, confirmó la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia en la que se declaraba nulo el testamento otorgado por F.J.L.G. por falta de capacidad del testador para tal otorgamiento. Ambas sentencias de instancia basan sus conclusiones en el exhaustivo informe emitido por tres peritos médicos en el que afirman «no albergar dudas sobre el estado de incapacidad que aque-

jaba al testador en el momento de otorgar el testamento». El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación. (A.R.M.).

37. Legado de cosa ajena. Fuero de Ayala. Aplicación supletoria del Código civil.—El artículo 62 y el 63, que integran la legislación civil de la tierra de Ayala (dentro del Libro 2.º de la Compilación de Vizcaya y Álava), lo único que prescriben es la necesidad de respetar, con poco o con mucho, la legítima de los herederos forzosos o legales, no regulan, ni mucho menos prohíben, que los testadores puedan hacer un legado de cosa ajena (conociendo la ajeneidad de la misma) o de cosa propia de alguno de los herederos o legatarios, ante cuya falta de regulación por parte de la legislación especial ha de acudir necesariamente a la normativa del Código civil, conforme establecen expresamente el artículo 13.2 de dicho Código y la Disposición final segunda de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava.

El legado de cosa propia del heredero o legatario gravado no exige conocimiento de la alienidad.—Según se desprende de los precedentes históricos del citado artículo 863, es criterio doctrinal dominante, que esta Sala comparte, el de que el legado a un tercero de cosa propia del heredero o de un legatario, que establece y regula el citado precepto, aunque especie del legado de cosa ajena, a que se refieren los artículos 861 y 862, no requiere, a diferencia de éste, que el testador sepa que la cosa legada pertenecía al heredero o legatario gravado con el legado, sino que es eficaz aunque no sepa de quién es la cosa o aunque la crea suya, salvo que habiéndolo ordenado por creerla propia, sea en realidad del gravado y del testamento resulte que no lo habría hecho de haber tenido conocimiento de este extremo (artículo 767 del Código civil). (STS de 19 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Los cónyuges F.G.O. y M.R.O., sometidos a la legislación civil especial de la tierra de Ayala, mediante la correspondiente escritura pública hicieron donación a sus cuatro hijos de varios de sus bienes, concretamente, a una de sus hijas (actora en primera instancia y recurrente en casación) le donaron la nuda-propiedad de la heredad objeto del litigio, reservándose el usufructo de la misma con la facultad de venderla.

Trece años después, por testamentos de iguales fechas, los cónyuges, además de otras disposiciones legaron a otros dos de sus hijos (demandados en primera instancia) la nuda-propiedad de la misma heredad litigiosa, instituyendo herederos a partes iguales en el remanente de sus bienes a sus cuatro hijos.

La sentencia de primera instancia declaró la ineficacia del legado contenido en las cláusulas séptimas de los testamentos de los causantes (padres de los intervinientes en el proceso), que había sido solicitada por la demandante-donataria. La Audiencia declaró válido

el mencionado legado, condenando a la apelada a entregar a los apelantes la nuda-propiedad de la heredad. No prospera el recurso de casación. (*A.R.M.*).

II. DERECHO MERCANTIL

38. Contrato de corretaje. Naturaleza jurídica. Autonomía de la voluntad.—El contrato de corretaje o mediación es un contrato atípico que normalmente puede encuadrarse en el *facio ut des*, pero que, regido por la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código civil) no impide la inclusión de pactos válidos, cual el expreso de exclusividad durante un tiempo determinado y en las circunstancias que se concreten, pudiendo establecerse obligaciones de futuro sin que ello sea contrario a las leyes, a la moral o al orden público, máxime cuando se especifican y concretan de manera que no llegan a constituir un contrato de agencia, aunque parcialmente puedan asimilarse a él. (**STS de 24 de junio de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.—Una entidad mercantil promueve contra otra demanda sobre reclamación de cantidad, fruto del impago de unas cantidades que se generaron a partir del contrato celebrado con ella. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, al considerar que existía un contrato de mediación o corretaje, en virtud del cual la demandada se obligaba a pagar una remuneración —comisión— a la parte actora por la actividad realizada por ésta, encaminada a ponerla en relación con un tercero —empresa extranjera—, a fin de concertar un contrato determinado.

La Audiencia aprecia parcialmente el recurso entablado por la parte condenada, al reducir la cuantía solicitada. No prospera el recurso de casación planteado por esta última. (*J.A.M.M.*).

39. El contrato que establece la incorporación de un Directivo al Consejo de Administración, no es de los denominados de Alta Dirección.—Como señala la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1988, cuando un directivo se ha incorporado al Consejo de Administración de la sociedad, realizando sus funciones como comisionado de él y no otras, ese contrato no es de los clasificados como de Alta Dirección por lo que no está sujeto al RD 1382/1985, de 1 de agosto.

Inaplicación de las normas que rigen los contratos de personal de Alta Dirección (RD 1382/1985) a los miembros del Consejo de Administración.—«En modo alguno se puede aplicar ni por analogía en una relación entre la sociedad y un miembro del Consejo de Administración las normas que rigen los contratos de personal de Alta Dirección, entre ellas,

el artículo 11 del RD 1382/1985, que faculta al empresario a desistir del contrato, teniendo en estos casos derecho el alto directivo a las indemnizaciones pactadas en el contrato.»

Carácter imperativo de los artículos 77-1.º y 74 de la LSA.—La cláusula de un contrato en virtud de la cual se ha de pagar indemnización, en razón de la revocación de un Consejero Delegado, fuera de las previsiones de los estatutos sobre retribución de los administradores vulneran el artículo 74 de la «Ley de Sociedades Anónimas». Siendo los artículos 77-1.º y 74 preceptos de clara naturaleza imperativa, su falta de observancia conlleva la nulidad radical de los pactos que los contraríen, por lo que puede ser apreciada de oficio. (STS de 30 de diciembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El Recurso tiene como base un contrato en el que una sociedad requiere los servicios de F.F.D. «para ejercer el cargo de Director General, y una vez ratificado dicho contrato por el Consejo de Administración de la Compañía, el de Consejero Delegado con máximos poderes ejecutivos, dependiendo del referido órgano administrador». En una de sus cláusulas se estipulaba la indemnización que correspondería al mismo en el supuesto de que la SA no cumpliera estrictamente dicho contrato o lo resolviese con anterioridad al vencimiento del plazo convenido.

Ante esto, plantea la recurrente la cuestión de si en nuestro ordenamiento pueden estimarse como válidas las cláusulas preparadas por los propios administradores de las sociedades, que prevén cuantiosas remuneraciones para el supuesto de que sean removidos de sus cargos. (I.H.M.).

40. Seguro de responsabilidad civil: Daños no cubiertos por seguro obligatorio y voluntario. Robo de vehículo por desconocido y lesiones sufridas por tercero que persigue al ladrón y resulta atropellado por él.—El siniestro se produjo a consecuencia del atropello sufrido por el actor, y ocasionado por el vehículo asegurado en la Compañía demandada al intentar evitar la sustracción del mismo por el ladrón que entonces lo conducía y que no fue localizado, a pesar de que se tramitaron diligencias penales en su día sobreesidas; en la póliza de seguro voluntario se excluyen los daños materiales y corporales producidos a terceros cuando el vehículo haya sido robado o hurtado, sin perjuicio de la indemnización que corresponda efectuar al Consorcio de Compensación de Seguros; en el objeto de la cobertura del seguro de responsabilidad civil se dice que el asegurador garantiza, con el ámbito y hasta el límite pactado en las condiciones particulares de esta póliza, el pago de las indemnizaciones que sean condenados a satisfacer, el asegurado o el conductor autorizado y legalmente habilitado, a consecuencia de la responsabilidad civil extracontractual derivada de los daños causados a terceros con motivo de la circulación del vehículo espe-

cificado en la póliza; todo ello conduce a declarar que el daño reclamado no está cubierto por las referidas pólizas.

El seguro presupone responsabilidad civil del asegurado.—La esencia del seguro de responsabilidad civil, tal como resulta del art. 73 de la Ley de 1980, demuestra que en el origen de la responsabilidad en que haya incurrido el asegurado habrá de encontrarse un elemento de culpabilidad, y de su correspondiente reprobabilidad, y en el presente caso se produce una absoluta ausencia participativa en el siniestro del asegurado.

Inaplicabilidad del art. 3.º Ley 1980.—Este precepto no se refiere a cualquier condición general del seguro, o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad para la aseguradora, sino, en concreto, a aquellas «cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados», y mal puede entenderse que la no cobertura de los siniestros, con daños o lesiones a terceros, producidos por otras personas distintas al asegurado, y con las que carece de vinculación alguna, limite los derechos de tales asegurados; hipótesis distintas de las contempladas en la S. de 9 de noviembre de 1990 (exclusión de siniestros causados por la mala fe del asegurado) y en la de 29 de abril de 1991 (asegurado que conduce en estado de embriaguez).

La jurisprudencia penal no es invocable ante la Sala 1.ª.—Las sentencias de la Sala 2.ª TS que sostienen tesis contrarias a la aquí mantenida, no valen como precedente por la independencia funcional recogida, entre otras, en S. de 12 de marzo de 1992, según la cual las sentencias penales sólo obligan al juez civil en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define y castiga, por lo que las declaraciones o ponderaciones civiles en la sentencia penal carecen de fuerza en la jurisdicción civil. (STS de 16 de octubre de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Con acierto en el último FD se alude a «las circunstancias lamentables de producción del evento dañoso para el actor»... «resaltando su actitud cívica y de solidaridad social», pero parece evidente que el cauce elegido no es el adecuado para obtener la reparación del daño sufrido.

En el recurso, además de invocarse violación del art. 3.º Ley 1980, se mencionaba expresamente el art. 10 de la LGDCU de 1984, respecto de la cual nada argumenta la S. extractada. ¿Habría que entender que declarada la inestimabilidad de la primera implícitamente se declara la de la segunda? Creo, sin embargo, que se trata de dos preceptos bien diferentes por su ámbito de aplicación y finalidad. (G.G.C.).

41. Contrato de seguro. Acción directa.—Los actores no se hallaban facultados para interponer su acción de manera directa contra la entidad aseguradora, tesis escasamente comprensible si tenemos en cuenta que, tanto

antes de la vigencia del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, y en gracia a una reiterada doctrina jurisprudencial, como con posterioridad a la inclusión de dicha doctrina en el aludido precepto, era posible a los perjudicados ejercitar su acción de manera directa contra la compañía aseguradora, sin que, repetimos una vez más, supusiese obstáculo a ello el anterior ejercicio de una acción de reclamación de los daños cubiertos por el seguro obligatorio.

Costas.—Cuándo una resolución judicial impone a una de las partes el abono de las costas causadas por la otra, medida esta que encuentra su razón de ser, no sólo en la conveniencia de sancionar a la parte que, al ejercitar la acción o al defenderse en el correspondiente procedimiento transgredió las normas de la buena fe, sino también en una más acabada tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos por los Tribunales de Justicia, es lógico concluir que es la parte condenada en costas la obligada al abono de las incluidas en la tasación efectuada por el Secretario judicial, en la que, lógicamente, se incluirán los honorarios devengados por los profesionales que defendieron a la parte contraria, supuesto este absolutamente coincidente con el contemplado en el presente recurso y que obliga a la expresa desestimación de este cuarto motivo. (STS de 23 de octubre de 1992; no ha lugar).

42. Seguro: Acción directa del tercero perjudicado contra el asegurador.—Demostrada la culpa del asegurado, la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario no es oponible a la acción del tercero perjudicado frente al asegurador: la solidaridad de los posibles responsables no implica que necesariamente tengan que ser demandados todos los participantes en el accidente. (STS de 24 de junio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—A causa de un accidente, el usuario de cierto vehículo asegurado resultó lesionado, ejercitando acción directa contra la aseguradora del mismo. El accidente consistió en la colisión de dos automóviles debida a la negligencia del conductor del vehículo asegurado por la compañía demandada. (C.J.D.).

43. Consorcio de Compensación de Seguros.—El Consorcio de Compensación de Seguros viene a sustituir al antiguo Fondo Nacional de Garantía en sus funciones, limitándose su cobertura al seguro obligatorio. A estos efectos, declara la Sala no ser vinculante la doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que manifiesta la posibilidad de extender al seguro voluntario la cobertura del Consorcio. (STS de 12 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Tras un accidente que costó la vida a tres personas y causó graves lesiones a una cuarta, se reclamó indemnización por

daños y perjuicios. Estando la compañía aseguradora en liquidación, se subrogó en su lugar el Consorcio de Compensación de Seguros. (C.J.D.).

44. Las denominaciones semejantes en las marcas.—Es doctrina del Tribunal Supremo que al no señalar la ley cuáles son las reglas que han de ser tenidas en cuenta para determinar cuándo dos denominaciones son semejantes en materia de marcas, será el tribunal quien lo establezca en cada caso según su criterio. Éste ha de ser respetado en casación siempre y cuando sea conforme a la razón. Para el estudio de la similitud entre denominaciones se requiere que haya coincidencias fonéticas y vayan dirigidas a identificar a una misma clase de productos, de tal forma que pueda haber riesgo de confusión.

La indemnización de daños y perjuicios.—Para que proceda una indemnización por daños y perjuicios es necesario probar efectivamente su existencia, la carga de la prueba corre a cargo de quien la solicite. (STS de 14 de octubre de 1992; ha lugar).

HECHOS.—Frigo, S.A., presenta demanda contra Derivados Lácteos y Alimenticios, S.A., solicitando la no utilización de la denominación «Vienetta» para el mismo producto. En demanda reconvenzional se solicita la declaración de nulidad de la marca «Vienetta» por ser semejante a la marca «Las Vienesas», registrada con anterioridad por Derivados Lácteos. La Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia confirma la sentencia. El Tribunal Supremo admite parcialmente el recurso no condenando al demandado a indemnización de daños y perjuicios. (L.S.M.P.).

45. El nombre comercial no inscrito.—Conforme al Estatuto de la Propiedad Industrial, la inscripción en el Registro del nombre comercial es potestativa. Dicha inscripción evita que en el futuro se pueda utilizar otro nombre idéntico o semejante.

La marca registrada y el nombre.—El titular de una marca inscrita en el registro posee un derecho de explotación exclusiva en todo el territorio nacional, según el cual, el distintivo no puede ser utilizado por otro, bien sea en concepto de marca, nombre comercial o rótulo mercantil. El Estatuto de la Propiedad Industrial impide la inscripción de un nombre comercial que sea idéntico o semejante a una marca anteriormente registrada. Por tanto, en el caso de que exista identidad entre una marca inscrita en el RPI y un nombre comercial que haya sido utilizado por una persona distinta al titular de la marca, la LM de 1988 da prioridad y uso exclusivo del distintivo al titular de la marca.

La denominación de carácter genérico.—Para determinar si una denominación tiene el carácter de genérico, se ha de estar a la prueba que en cada caso se practique. Si se emplean expresiones y partículas que pertenecen al idioma castellano, carentes de una connotación diferenciadora, nos hallaremos ante denominaciones de carácter genérico. Pero si se trata de expresiones que provienen de un idioma extranjero, que además no tienen un uso generalizado y que cuando se inscribieron reunían las circunstancias individualizadoras que suponían una aportación creadora distinta de las existentes, en este supuesto nos hallaremos ante denominaciones que pueden ser registradas.

La agregación de vocablos a la denominación preexistente.—El Estatuto de la Propiedad Industrial prohíbe las denominaciones ya registradas, suprimiéndolas o agregándoles cualquier vocablo, ya que pueden inducir a confusión. (STS de 15 de octubre de 1992; ha lugar).

HECHOS.—La entidad Atlantis Mundo Acuático, S.A., presentó demanda contra Aquapark Mallorca, S.A., solicitando que se abstuviese de utilizar la denominación «Aquapark» o cualquier otra denominación que resulte confundible con la marca «Aquapark» de la entidad demandante, como rótulo de establecimiento, nombre comercial o marca. Aquapark Mallorca por su parte presenta demanda reconvenicional. En Primera Instancia se estima la demanda presentada por la actora, negando el derecho a utilizar el distintivo «Aquapark» en concepto de nombre comercial, rótulo de establecimiento y marca; se desestima la demanda reconvenicional. La Audiencia revoca parcialmente la sentencia, prohibiendo la utilización del distintivo Aquapark o cualquier otro que resulte confundible, como marca o como rótulo de establecimiento, pero no como nombre comercial. El Tribunal Supremo anula y casa la sentencia confirmando la dictada en Primera Instancia. (L.S.M.P.).

46. Derecho de información de los accionistas.—Si los accionistas son además consejeros de la sociedad no pueden alegar la falta de información a que se refiere el art. 65 LSA. No obstante se ha de cumplir la información a que se refiere el art. 110 de dicho texto legal, sobre todo si queda probada la inasistencia de los socios consejeros al Consejo de Administración que aprobó el Balance, la Memoria y la Cuenta de Resultados, y que no tuvieron conocimiento de estos documentos antes de la celebración de la Junta. El art. 110 LSA establece la obligación de poner tales documentos a disposición de los accionistas en el domicilio social, dicha obligación no se ve cumplida si ante la insistencia en la petición de exhibición de los documentos, a través de requerimiento notarial, no se produce la misma.

Error en la apreciación de la prueba.—El error en la apreciación de la prueba, contemplado en el apartado 4.º del art. 1.692 de la LEC, no

permite volver a examinar y hacer una nueva valoración de las pruebas practicadas en el proceso (STS de 19 de mayo de 1992); sino que se debe limitar a acreditar el desconocimiento fáctico de un documento y el contenido que se le atribuye. (STS de 15 de octubre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Dos accionistas-consejeros de Estudio 2000, S.A., presentan demanda de impugnación de acuerdos sociales. Fundándose en la falta de información que corresponde a los accionistas, solicitan la declaración de nulidad del acuerdo de aprobación de Memoria, Balance, Cuenta de Resultados y de distribución de beneficios del ejercicio de 1987. En Primera Instancia se desestima la demanda. La Audiencia declara la nulidad e ineficacia de dichos acuerdos sociales.

NOTA.—El caso fue resuelto conforme a la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. La LSA de 1989 establece en su art. 212 que desde el momento en que se convoca Junta general para la aprobación de las cuentas anuales, cualquier accionista podrá obtener de forma inmediata y gratuita los documentos que se van a someter a aprobación, así como el informe de los auditores. Además este derecho de los accionistas ha de ser mencionado en la convocatoria, a diferencia del art. 110 de la LSA de 1951, que simplemente obligaba al Consejo a poner a disposición de los accionistas los documentos en el domicilio social 15 días antes de la celebración de la Junta.

Por su parte, el derecho general de información que corresponde al accionista y venía recogido en el art. 65 de la anterior ley, se encuentra en el art. 112 de la LSA de 1989. (*L.S.M.P.*).

III. DERECHO PROCESAL

47. Tutela judicial efectiva. Motivación de las sentencias.—El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse disintente o respecto de ella puedan formularse reparos (SS del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), habiendo sido matizado este derecho a la motivación por la doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fun-

damentadores de la decisión (Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de enero de 1991) (**STS de 20 de junio de 1992**; ha lugar).

HECHOS.—Partiendo de un contrato privado de constitución de sociedad civil irregular, celebrado entre los actores y la demandada, la parte actora interpuso demanda solicitando que fuera declarada su validez y se hiciera efectivo entre las partes y en todos sus términos, y como consecuencia de ello, que se declarase entre otros extremos, la obligación de la demandada de otorgar con los referidos actores, escritura pública de constitución de una sociedad anónima, que sustituyera a la constituida en forma irregular. Asimismo se solicitaba que se declarase que el capital de la sociedad anónima estuviera constituido por el que resulte del cierre del balance de la sociedad anterior, y que el capital social de la sociedad anónima a constituir debiera subscribirse por los litigantes en la misma proporción que en la sociedad privada.

El Juzgado de Primera Instancia apreció íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la anterior decisión. Interpuesto recurso de casación, fundado en la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución por entender que la sentencia de instancia no está motivada, el Tribunal Supremo aprecia el recurso, acordando la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que se proceda a dictar nueva sentencia. (*J.A.M.M.*).

48. Motivación de las sentencias.—En el cumplimiento de la exigencia de motivación de las sentencias no es importante la extensión o brevedad del razonamiento, sino que la decisión adoptada se base en una interpretación correcta del derecho. Si el Tribunal de apelación estima que el razonamiento de la sentencia dictada por el de instancia ha sido correcto, no es necesario que al confirmarla los repita, basta que corrija los extremos que estime necesarios.

Tutela judicial efectiva.—La tutela judicial efectiva queda satisfecha cuando se obtiene una resolución fundada en derecho, aunque tal resolución declare la inadmisión o la inadecuación del procedimiento, ya que puede reproducirse la pretensión una vez salvado el defecto. (**STS de la Sala 1.^a de 16 de octubre de 1992**).

HECHOS.—En 1977 se constituye la Sociedad Anónima Faustino Ortiz, en la que poseen acciones tanto el matrimonio formado por Faustino Ortiz y María Moreno como las hijas de éstos juntamente con sus esposos. En los estatutos de esta sociedad se fija que las discrepancias entre los socios y entre éstos y la sociedad se dirimirán en juicio de arbitraje de equidad.

En junta de 5 de julio de 1987 se modificó el artículo 2 de los estatutos sociales con la oposición de las hijas, las cuales, intentando separarse de la sociedad, instaron la formulación judicial del arbitraje. Su demanda fue rechazada por falta de personalidad de las actoras, al no haber comparecido junto con sus esposos. Las solicitantes, ya en unión de sus esposos, formularon en juicio declarativo de menor cuantía la formalización del compromiso de arbitraje. El juzgado de primera instancia dicta auto en el que acoge la excepción alegada por los demandados de inadecuación del procedimiento ya que la formalización judicial del arbitraje tiene carácter autónomo, especial y necesario, por lo que al haberse rechazado la primera demanda presentada por falta de personalidad de las demandantes, sin entrar en el fondo del asunto, no se agota el trámite previsto en la Ley especial. (I.S.P.).

49. Territorialidad de las normas procesales y aplicación de la norma material extranjera.—No debe confundirse la remisión que el art. 9.8 Cc. hace a la norma material extranjera (en materia de sucesión por causa de muerte) con la aplicación de la norma procesal española que, por imperativo del art. 8.2 Cc., deberán aplicar los órganos jurisdiccionales españoles. Por tanto, sea cual fuere la ley sustantiva aplicada, el órgano de apelación español no infringe las normas de conflicto previstas en el Código civil cuando se niega a aceptar el recurso en base a una norma procesal española (en este caso el art. 359 LEC, que prohíbe la incongruencia de las sentencias).

Invocación en territorio español del derecho extranjero.—La norma material extranjera no puede aplicarse de oficio por los órganos de jurisdicción españoles, «al menos (...) respecto de bienes radicados en España». Como es sabido, quien la invocare deberá aportar acreditación suficiente de su «contenido y vigencia» (art. 12.6 Cc.). El Tribunal Supremo se muestra riguroso, afirmando que no es suficiente enumerar los preceptos en un informe pericial, sino que debe detallarse su contenido y acreditarse su vigencia conforme a las exigencias del art. 12 del Código civil. (STS de 23 de octubre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Las partes, de nacionalidad belga como el causahabiente, formulan demanda y reconvencción ante los órganos jurisdiccionales españoles por cuestiones de herencia que afectan a bienes sitos en España. Recaída sentencia en Primera Instancia, los herederos legítimos interponen recurso de apelación, limitándose a solicitar que, en ejecución de sentencia, se formule inventario de los bienes pertenecientes a la herencia, tal y como está dispuesto por el derecho belga invocado en el escrito de demanda.

La Audiencia desestima la demanda, argumentando que dicha pretensión no fue objeto del pleito y, por tanto, estimarla implicaría

incongruencia del Tribunal. Los demandantes recurrieron en casación alegando, básicamente, haberse infringido las normas de conflicto previstas por el Código civil español. (C.J.D.).

50. Proceso de error judicial. Plazos.—Es doctrina declarada la conculniente a que la interposición de un recurso improcedente no actúa como causa interruptiva del plazo de caducidad del art. 293.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda vez que semejante doctrina, por su carácter rigorista-formal, no debe ser objeto de aplicación extensiva.

Compilación de Aragón. Responsabilidad conyugal por deudas.— Los cónyuges deben satisfacer las deudas vencidas y asegurar las pendientes, antes de proceder a la liquidación y división de la comunidad económica. (STS de 18 de abril de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—La parte actora formula demanda de error judicial contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza —confirmatoria de la emitida en Primera Instancia— y que fue dictada en juicio ejecutivo de menor cuantía con embargo por el Banco de Vizcaya de un inmueble de la demandante. No prospera el recurso de casación. (J.A.M.M.).

51. Recurso de revisión.—Recopilando la reiterada doctrina mantenida por la Sala acerca del recurso de revisión, conviene decir que «por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que le integran, haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada, ni pretender una nueva instancia, con un nuevo análisis de la cuestión debatida y resuelta», «ha de interponerse en el plazo de tres meses contados desde que se descubrieron los documentos, o el fraude, o la declaración de falsedad, y no hayan transcurrido cinco años desde que se publicó la sentencia, y dicho plazo de tres meses es de caducidad, rigiéndose su cómputo por el art. 5 del Código civil «y» la maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismos, evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardidés o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial, pudiendo comprender bajo el término «maquinaciones fraudulentas» todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda», doctrina

la expuesta que se encuentra recogida, entre otras, en las sentencias de 3 de mayo, 6 de junio y 25 de septiembre de 1968; 23 de febrero de 1976, 30 de mayo de 1980; 15 de abril de 1981; 1 de febrero de 1982; 18 de enero, 23 de noviembre y 2 de diciembre de 1983; 30 de enero y 22 de marzo de 1984; 14 de julio de 1986; 3 de marzo, 7 de abril y 19 de mayo de 1987; 14 de julio, 3 de noviembre y 21 de diciembre de 1988; 16 de marzo, 5 de abril y 12 de julio de 1989; 24 de diciembre de 1990; 7 de mayo de 1991, y 25 de mayo y 8 de junio de 1992, y, asimismo, es doctrina de la Sala la relativa a que en atención a que los artículos 1.796 y 1.797 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo permiten este excepcional y extraordinario recurso frente a una sentencia firme, o sea, contra la que no quepa ya medio impugnatorio alguno, tal condición de firmeza no es predicable para las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos, ya que, conforme establece el artículo 1.479 del texto legal indicado, no producen la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión, de cuya doctrina son exponentes las sentencias de 20 de octubre y 31 de diciembre de 1990. (STS de 25 de junio de 1992; no ha lugar).

52. Competencia de jurisdicción en los recursos de apelación comenzados con anterioridad a la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, y terminados con posterioridad.— (...) desaparecidas las Audiencias Territoriales, en cumplimiento de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, las nuevas Secciones de la Audiencia Provincial radicada en la misma localidad (en que quedaron convertidas las Salas de lo Civil de dichas Audiencias Territoriales) hubieron de seguir conociendo y resolver los recursos de apelación que ya estaban en trámite ante las expresadas Salas de lo Civil, conforme estableció el artículo 56.3 de la citada Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial.

Fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos: artículo 1.248 del Código civil.—Es reiterada doctrina de esta Sala (SS de 8 y 14 de julio y 8 de noviembre de 1989, 30 de noviembre de 1990, entre otras) la de que el artículo 1.248 del Código civil contiene sólo una norma admonitiva, no preceptiva, ni valorativa de prueba, y el mismo, así como el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, facultan al juzgador de la instancia para apreciar libremente las declaraciones de los testigos según las reglas de la sana crítica, por lo que la valoración que haga del resultado de dicha prueba no es revisable en casación, al no hallarse las reglas de la sana crítica reguladas o consignadas en precepto alguno que pueda invocarse como infringido.

Artículo 1.249: error en la apreciación del hecho-base.—Como tiene reiteradamente declarado esta Sala (Sentencias de 26 de julio de 1985, 25 de octubre de 1986, 12 de febrero de 1987, 25 de enero y 5 de febrero de 1988, 16 de febrero de 1989, 11 de octubre de 1990, 20 de noviembre de

1991, entre otras), la supuesta infracción del artículo 1.249 del Código civil, en cuanto se refiere al hecho-base o hecho demostrado, ha de hacerse por la vía del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con cita del documento o documentos (de los obrantes en autos) que, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, evidencien de modo patente, directo e inequívoco (litosuficiencia) el error de hecho en la apreciación de la prueba que se dice cometido, requisito inexcusable que no parece cumplido en este supuesto litigioso, pues la recurrente trata de basarse exclusivamente en su particular, subjetivo e interesado criterio valorativo de la prueba testifical para considerar probado el hecho-base.

Presupuesto previo para la aplicación del artículo 1.253 del Código civil.—La posible aplicación del artículo 1.253 del Código civil exige como presupuesto previo y soporte fáctico ineludible, que esté completamente acreditado el hecho-base del que, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio lógico, haya de inferirse el hecho deducido o hecho consecuencia, lo que no cabe en el presente supuesto litigioso, pues al no aparecer probado el hecho-base, no cabe la posibilidad lógica, ni jurídica, de inferir por la vía de la llamada *presumptio hominis* o *presumptio facti* la existencia del hecho deducido o hecho-consecuencia.

Principio jurídico del enriquecimiento injusto.— (...) el primero de los requisitos que condicionan la virtualidad reparatoria del instituto jurídico del enriquecimiento injusto es el del beneficio económico (por lucro emergente o daño cesante) obtenido por parte del supuestamente enriquecido. (STS de 2 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Las entidades Mercoebro, S.A., y Mercorsa formularon demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra la Sociedad Agraria de Transformación Dealfaro, S.L., en reclamación de cantidad, basando su pretensión en que ellas vendieron productos propios de su tráfico mercantil a F.B.C. y a O.G.A. y que dichos señores, en vez de pagarles a ellas (las actoras) las cantidades correspondientes, se las habían pagado a la demandada. La demanda fue estimada en Primera Instancia. En grado de apelación la Audiencia Provincial de Burgos revocó la sentencia de primer grado, desestimando la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A.R.M.).

53. Recurso de apelación como segunda instancia.—En relación con el principio de congruencia que han de respetar las sentencias y los límites del recurso de apelación, es doctrina reiterada de esta Sala, de la que son manifestación, entre otras, las sentencias de 28 de noviembre y 2 de diciembre de 1983, 6 de marzo de 1984, 20 de mayo y 7 de julio de 1986 y 19 de julio de 1989, la de que no pueden tenerse en cuenta, a fin de decidir sobre ellas, las pretensiones formuladas en el acto de la vista del

recurso de apelación, al ser trámite no procedente a tal propósito, pues el recurso de apelación aunque permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos de los planteados en la primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho *pendente appellatione, nihil innovetur*. (STS de 21 de abril de 1992; no ha lugar) (J.B.D.).

54. Demanda infundada.—El artículo 1.902 del Código civil permite solicitar resarcimiento de daños y perjuicios a aquel que sufre la actividad procesal de un tercero. Dicha actividad ha de ser considerada abusiva, maliciosa o negligente; tal es el caso de las demandas infundadas, así como las impugnaciones y recursos empleados con el único fin de retardar un procedimiento. (STS de 13 de octubre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Don Asensio Bernal presentó demanda contra el Banco Español de Crédito, solicitando una cantidad de dinero en concepto de daños y perjuicios debido a la actuación abusiva de dicha entidad al retrasar la aprobación del convenio derivado del expediente de suspensión de pagos que se seguía contra él. (L.S.M.P.).

