

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVII
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMXCV

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 OLIVENCIAS RUIZ
JOSÉ POVEDA MURCIA
LUIS PUIG FERRIOL
IGNACIO SOLÍS VILLA
RODRIGO URÍA GONZÁLEZ

SUMARIO

	Pág.
En recuerdo de Antonio Hernández Gil	1
Estudios monográficos	
LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.: « <i>Mora debitoris</i> , devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio	5
CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto: <i>Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen</i>	31

ABRIL CAMPOY, Juan Manuel: <i>La extinción por confusión de derechos y su repercusión en la relación obligatoria solidaria</i>	71
Información comunitaria	
ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: <i>Crónica de legislación y jurisprudencia comunitarias</i>	115
Información legislativa	
A cargo de Pedro de ELIZALDE Y AYMERICH	149
Bibliografía	
LIBROS: CASTÁN TOBEÑAS: <i>Derecho civil español, común y foral</i> , por Carlos Martínez de Aguirre.—DE COSSÍO, M.: <i>Derecho al honor. Técnicas de protección y límites</i> , por Alma M. Rodríguez Gutiérrez.—GARCÍA RUBÍO, M.ª Paz: <i>Legislation Comparée. Espagne</i> . Fasc. I: <i>Sources. Droit de la personne. Mariage. Séparation de corps et divorce. Régimes matrimoniaux. Filiation et adoption. Obligations alimentaires</i> . Fasc. II: <i>Successions et donations</i> , por Julio I. Iglesias Redondo.—LOPEZ JACOISTE, José Javier: <i>Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual</i> , por Carlos Martínez de Aguirre.—LOWE, R. & WOODROFFE, G.: <i>Consumer Law and Practice</i> , por Javier Lete Achirica.—ROGERS, W. V. H.: <i>Winfield and Jolowicz on Tort</i> , por Javier Lete Achirica.—SMITH, J. C.: <i>Smith and Thomas a casebook on contract</i> , por Javier Lete Achirica	161
Jurisprudencia	
Estudio jurisprudencial	
<i>Legitimación en materia de propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios</i> , por María del Carmen González Carrasco	185
Tribunal Superior de Justicia de Cataluña	
<i>La casación civil ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (años 1991-1992)</i> , por Juan Manuel Abril Campoy y María Eulalia Amat Llarí	225
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS COMENTADAS	
<i>Doble venta, venta de cosa ajena, el principio del título y modo y las adquisiciones «a non domino». Buena fe «ex» art. 1.473 CC (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 11 de abril de 1992)</i> , por Tomás RUBIO GARRIDO	269
<i>El contrato de garaje en aparcamientos abiertos al público. La responsabilidad en caso de daños o sustracción del vehículo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994)</i> , por Santiago HIDALGO GARCÍA	289
SENTENCIAS	
A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Pedro José FEMÉNIA LÓPEZ, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA	313

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 III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMXCIV

EN RECUERDO DE ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Puede decirse sin miedo a exagerar que Antonio Hernández Gil pasará a la historia por su doble papel de personalidad pública y jurista de reconocido prestigio.

Desde la perspectiva que me da nuestra coincidencia en el tiempo, soy testigo cualificado de la calidad humana y científica de Antonio. Ambos fuimos coincidentes, y hasta en ocasiones competidores, en el Premio Extraordinario de Doctorado, en las oposiciones a Cátedras de Universidad, en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, en el Consejo de Redacción del Anuario de Derecho civil, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en la Comisión General de Codificación... Algunas veces le precedí yo, las más él fue por delante; sin embargo, ninguna de aquellas vicisitudes empañó el respeto mutuo y el testimonio de consideración que mutuamente nos profesamos.

Así puede mejor entenderse la sensación que ahora me embarga. En estos momentos me ha correspondido a mí hacer su elogio post mortem: pudo ser al contrario, pero Dios sabe más.

Antonio es una de esas personas que supieron sacrificar su personal apetencia por el servicio a los demás; en este caso, el llamado servicio público, que le privaría de muchas ocasiones de personal lucimiento, aunque la justicia por lo común le repuso en el lugar que le correspondió por los méritos alcanzados. A su vez, posiblemente sus funciones públicas nos privaron de mejores frutos científicos, pero creo bien empleada la dispersión de su esfuerzo.

Con estos presupuestos y en las circunstancias dolorosas que rodean su pérdida para quienes le estimábamos, se me pide que haga su elogio como civilista. La verdad es que la perspectiva me parece algo escasa. Resulta sin duda un empequeñecimiento de su figura reducir los límites de su elogio al aspecto puramente civilístico, pero otros compañeros y amigos escribirán sobre su persona desde distintos puntos de vista que acaso cubran mejor su rica trayectoria, plasmada en premios, distinciones, homenajes, reconocimientos, nombramientos... Éxitos profesionales y humanos que no supusieron para él cambio alguno de actitudes y carácter, siguiendo fiel al concepto de vida que se forjó.

En efecto, el mismo Antonio confesaba sus iniciales inclinaciones a la literatura, cuyos vestigios se aprecian en las obras de Derecho civil que nos ha dejado. Un estilo literario directo, rico y sobrio a la vez, elegante y certero, que constituye una de sus mejores características. Hay que recordar cuánto tiene que ver el Derecho con el lenguaje, e incluso con la lógica formal, por lo que el tratamiento lingüístico de los textos jurídicos ha ocupado un lugar destacado en la moderna Ciencia del Derecho.

Una buena prueba de su afición y gustos literarios son algunos de los discursos inaugurales con los que abría el curso en su calidad de Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, entre los que destacan, por poner un ejemplo, El lenguaje en el Código civil y La sentencia y el estilo judicial. Asimismo, la producción en este cam-

po se recoge en la última parte de sus obras completas (Volumen VII: Política y letras).

Otra de las pasiones jurídicas de Antonio la constituyó su dedicación al método y fundamentación jurídica. El mismo lo confiesa en la introducción a su Metodología del Derecho. Acaso por eso mismo, Antonio no se resistió a su afición por el Derecho con mayúscula. Los problemas de metodología jurídica pueblan sus escritos y constituyen posiblemente la parte más interesante de su aportación al saber jurídico. Por eso digo que me parece un cierto reduccionismo hablar de Antonio civilista.

En este sentido, cabe destacar las tempranas monografías sobre El concepto de derecho civil; Metodología del derecho... Asimismo, esta materia resulta la parte más destacada de sus diecisiete discursos inaugurales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; como, por ejemplo, El ordenamiento jurídico, La idea de justicia, La contemporaneidad de la filosofía del derecho, La experiencia jurídica...:

El conjunto de sus aportaciones a la fundamentación del derecho se plasman en sus obras completas, en concreto a lo largo de los volúmenes primero (Conceptos jurídicos fundamentales), quinto (Metodología de la ciencia del derecho) y sexto (Epistemología y filosofía del derecho).

Esas distintas facetas de que vengo hablando para centrar la figura de Antonio Hernández Gil, fueron destacadas por el maestro Ursicinio Álvarez en la contestación a su discurso de ingreso en la Academia, cuando se refería a estos perfiles de Antonio-abogado, Antonio-académico, Antonio-opositor a cátedras...

Con todo, sus aportaciones jurídicas en el estricto marco del Derecho civil no son menos destacadas. Además abarcan un amplio espectro de la disciplina, hasta cubrir prácticamente toda su extensión.

Sin embargo, debe reconocerse la existencia de algunos puntos estelares. Acaso la posesión constituya el más importante trabajo de Hernández Gil en el campo del Derecho civil. Esta disciplina —más en concreto, La función social de la posesión— fue el tema de su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; asimismo, sus extraordinarios y clásicos estudios en torno al artículo 464 del Código civil llamarían la atención de la doctrina y la jurisprudencia de su tiempo.

Estos estudios acompañan al tratamiento global y dogmático de la institución en el segundo volumen de sus obras completas. En su desarrollo combina magistralmente Antonio la perspectiva dogmática, comparada, histórica, positiva... e incluso de la filosofía del derecho. Constituye, sin duda, la más cierta de las aportaciones a la materia del Derecho civil y definirá, según creo, su andadura a lo largo de la evolución jurídica española.

Su docencia universitaria en el Derecho civil daría lugar a unos apuntes de Cátedra en los distintos cursos en que se dividía la asignatura. Este esfuerzo pedagógico se plasmó tras distintas reelaboraciones en su magnífica obra del Derecho de obligaciones, que inauguraría un nuevo modo de hacer en la disciplina. El tercer tomo de sus obras

completas reúne asimismo los numerosos trabajos dispersos que sobre la materia publicaria.

Tampoco quedan fuera de su fina observación y análisis jurídico los aspectos relacionados con los derechos reales y las sucesiones. La moderna distinción entre crédito y relación jurídico real debe mucho a los estudios de Hernández Gil al respecto.

El campo del Derecho de sucesiones sería testigo de las primeras aportaciones de Antonio. Su Tesis doctoral, dirigida por don Blas Pérez González, versó acerca del Testamento militar. Posteriormente publicaría numerosos estudios sobre las sucesiones, y asimismo en este campo sus apuntes de Cátedra darían buena prueba de su valía como profesor y estudiioso en el marco del Derecho hereditario.

Junto a tales trabajos y estudios, debo destacar también otras dos facetas directamente interesadas en el quehacer de Hernández Gil en el campo del Derecho civil. En primer lugar, los estudios jurídico-prácticos que produjo a lo largo de su dedicación como abogado en ejercicio. Una versión sistematizada y escogida vio la luz bajo el título de Dictámenes, que constituyen todo un ejemplo de cómo unificar el ejercicio profesional —en cuyo ámbito dio muestras de una maestría proverbial, sobre todo en sus famosas casaciones— con el rigor jurídico en el tratamiento de las distintas cuestiones sometidas a su parecer.

Asimismo, la tarea como auxiliar del legislador, en su calidad primero de miembro y luego de Presidente de la Comisión General de Codificación, daría por resultado la reforma del Código civil en distintas ocasiones. Muchas de las modificaciones se deberían a su pluma, si bien su nombre no aparezca en el fruto final de su esfuerzo.

Como puede observarse, el intento de glosar la tarea de Antonio como civilista me desborda. Ello se debe tanto a que el propio personaje excede con mucho estas limitaciones estrechas y arbitrarias, como a que ahora pienso en otras cosas, que claramente superan mi carácter de civilista y se adentran en lo más hondo de mi condición de sacerdote. Un presbítero que piensa en un alma que le ha sido cercana durante mucho tiempo, y en cuya amistad me ha sido dado profundizar.

A las líneas anteriores, escritas en recuerdo del que fue un civilista más que eminente, quiero añadir otras, que certifican la amistad que me unió al profesor Hernández Gil a lo largo de medio siglo, amistad que se inició en una ocasión de enfrentamiento académico, cuando en el año 1943 coincidimos en unas oposiciones a cátedras de Derecho civil.

Por aquel entonces las oposiciones exigían hacer seis ejercicios ante un tribunal compuesto por cinco catedráticos. En nuestro caso, tuvimos como miembros del tribunal a don Felipe Clemente de Diego y a don José Castán, dos excelsas figuras que fueron —sucesivamente, como más tarde lo sería también Antonio Hernández Gil— presidentes del Tribunal Supremo de Justicia y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Dos de los ejercicios de las oposiciones admitían —aunque no siempre se ejercitaba— lo que en la jerga universitaria llamaban la trinca; es decir, la posibilidad de que los otros opositores criticaran a sus colegas en los dos primeros ejercicios, es decir, en el autobombo y en

la exposición de la memoria sobre el concepto, método y fuentes de la disciplina.

Tanto Antonio como yo hicimos uso de la trinca, con el entusiasmo y fogosidad de nuestros años mozos. Yo no me había por entonces ordenado sacerdote. No recuerdo cuál de los dos sobresalió en el empeño. Pero si las palabras con que don Felipe, que presidía el tribunal, me amonestó en tono de afectuoso reproche: ruego al señor opositor que calme su efervescencia. Y a don Felipe tuve que dirigirme, en la sesión posterior a la trinca que me hizo Hernández Gil, para rogarle que aceptaran un documento que deseaba fuera conocido por todos los miembros del tribunal. Se trataba del certificado de un análisis de sangre —por mí solicitado— que acreditaba la sañuda condición de mi colega. No he de decir que, tanto el análisis de sangre, como mi diálogo con don Felipe, fueron fruto de una pesadilla de opositor.

Nada manifesté de mi sueño al que, desde entonces, he tenido por amigo muy querido. Al cabo de los años, hube de escuchar las palabras de cariñoso elogio que, como Presidente de la Academia, me dirigía Hernández Gil, al cumplirse los veinticinco años de mi ingreso en la Corporación. Me pareció ocasión oportuna para referir aquel sueño tanto tiempo silenciado, y añadir que desde entonces habíamos mantenido una relación de honda amistad bien correspondida, que hoy me honro en evocar.

Amadeo de Fuenmayor

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.: 84-7787-371-2 (Tomo 3)

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

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

*MORA DEBITORIS, DEVALUACIÓN MONETARIA Y RESARCIMIENTO DEL DAÑO EN LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS: CONSIDERACIONES DE PRINCIPIO **

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.

Vocal de la Comisión General de Codificación

SUMARIO: 1. La devaluación monetaria y sus reflejos jurídicos. Incidencia en el Derecho de Obligaciones. Mora del deudor y daño por depreciación del dinero.—2. Delimitación del supuesto. Singularidad de la mora en las obligaciones pecuniarias.—3. Delimitación del objeto del trabajo: condiciones de principio para un hipotético resarcimiento del daño por *mora debitoris* en las obligaciones pecuniarias.—4. Primera condición de principio: la posibilidad de exigencia del «mayor daño», más allá del interés legal, en la mora de las obligaciones pecuniarias. Los argumentos contrarios a tal exigencia. Crítica de los mismos.—5. Segunda condición de principio: inaplicación de la regla del valor nominal del dinero en el cumplimiento de las obligaciones a los casos de incumplimiento. Concurrencia de la misma: razones. La STS 27 noviembre 1986.—6. Tercera condición de principio: existencia de un daño derivado de la devaluación monetaria. Conexión de la cuestión con la prueba de dicho daño. Determinación del daño derivado de la devaluación monetaria en sentido estricto. Problemas de aplicación. La ley de 29 de junio de 1984 y su incidencia en la solución del problema. El artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—7. Conclusión.

Indicaciones bibliográficas de jurisprudencia.

* Destinado a los Estudios en homenaje a Evelio Verdera y Tuells. Sirva también esta ocasión para renovar al Profesor Verdera el testimonio de afectuosa amistad, gratitud y admiración.

1. El fenómeno económico del deterioro o disminución del poder adquisitivo del signo monetario ha suscitado atención en toda época, desde que las sociedades fundaron su organización económica básica en un mecanismo de intercambio de bienes y servicios que tomaba aquel signo como representación del valor que regía dicho intercambio. Claro es que las premisas de cada tiempo han sido distintas: por ejemplo, hoy apenas tiene vigencia una cuestión alrededor de la que se agitaron polémicas económicas y jurídicas muy importantes, las de las consecuencias del quebranto del valor de la moneda, ligado a acuñaciones de idéntico valor facial, pero de inferior ley, en sistemas de patrón metal precioso. Por lo que se refiere al hoy, la economía de la sociedad de nuestro entorno espacial y temporal, fundada en un elevado desarrollo industrial, y en una gran masa de intercambios, convive de manera continuada, desde hace mucho tiempo, con la inflación y una de sus posibles consecuencias, o si se quiere, manifestaciones, la pérdida de valor en el tiempo del signo monetario.

Los reflejos jurídicos de estos fenómenos se producen esencialmente, aunque no sólo, en el terreno de las obligaciones contractuales, cosa lógica de todo punto, desde el instante en que el contrato y la obligación de él nacida son una articulación jurídica fundamental de la cooperación económica, y ésta, a su vez, de la economía de mercado. Conviene decir que la intensidad de tratamiento de estas cuestiones varía, como no podía ser menos, de acuerdo con el grado mayor o menor de estabilidad del valor de la moneda en el tiempo. Períodos de gran inestabilidad o de convulsiones profundas generan alrededor de esta materia leyes, decisiones, y literatura jurídica, en mayores proporciones que los (relativos) de estabilidad, y, desde luego, este discurso no escapa, evidentemente, a ello; pero con esto no se pretende poner de manifiesto lo obvio, es decir, que el tratamiento jurídico de los problemas subsiga a su incidencia social, sino algo de superior calado: una cierta idea de excepcionalidad de las soluciones propuestas (salvo en algún aspecto concreto, ciertamente de importancia no pequeña), que en ocasiones impide ahondar en las líneas de tendencia de los ordenamientos jurídicos; tal como si fueran aquellas soluciones respuestas, como en algún caso se ha dicho, a una «economía de guerra», sin plantearse hasta dónde su alcance puede ser general y estructural, o ligado a una cierta coyuntura; y si ello puede ser para el legislador incluso un mérito (la adherencia o inmediatez de la réplica político-jurídica), para el juez conlleva el grave peligro de hacer pasar remedios de equidad, adecuados (tal vez: de ello se dirá) para situaciones concretas, por principios coherentes para el futuro y en todo caso (lo que las propias decisiones judiciales, pasado un tiempo, se encargan de desmentir), y para el intérprete el no menos grave de perder los más correctos puntos de referencia a la hora de suministrar

los datos que, partiendo del problema, integren el sistema. Resulta paradigmático de lo que se viene diciendo el hecho de que, en nuestra doctrina, haya una clara descompensación en favor del tratamiento de los remedios convencionales a la devaluación monetaria, las llamadas cláusulas de estabilización en sus diversas modalidades, frente a las cuestiones que suscita tal fenómeno económico en otras sedes del Derecho de Obligaciones, como puede ser la que aquí se aborda, desde unas consideraciones de principio, la de la patología de la obligación contractual, y más en concreto, la del daño resarcible por devaluación monetaria por incumplimiento (general y principalmente, *mora debendi*) de la obligación. A bien pensar, tal cosa tiene su lógica, de acuerdo con lo dicho: el tema de las cláusulas de estabilización se plantea de modo constante, porque constante y recurrente es una tasa de inflación, y por consecuencia de pérdida del valor de la moneda, en las economías modernas; por consiguiente, dicho tema sale del margen de la apuntada excepcionalidad. Pero da la sensación de que es el único aspecto de consolidado estudio frente a la devaluación monetaria, lo que provoca su inmediata llegada a la mente cuando de los reflejos de aquella sobre el Derecho Privado se habla, y excluye de una meditación cuidadosa otros de no poca importancia como, precisamente, la incidencia de la devaluación en orden a la indemnización de daños por incumplimiento de obligaciones *ab initio* pecuniarias y en las que no se haya pactado nada específico con relación al *quantum* o al *quid* de dicha indemnización; ello resulta poco conveniente, porque no es materia que pueda quedar confiada (al menos, para ser prudentes, no en exclusiva) a remedios de equidad y de apreciación casuística, porque la multiplicidad de posibles situaciones se podría traducir en un desordenado arbitrio, que acabara poniendo en peligro la certeza del Derecho, y por ende, la seguridad jurídica, que es principio constitucional, y su ausencia fuente inagotable, aunque la prudencia de los jueces habitualmente la soslaye, de violaciones del principio de igualdad, también constitucional.

2. Se ciñe el argumento que se va a desarrollar a las relaciones entre esa singular forma de lesión del derecho de crédito que es la *mora debitoris*, con su peculiar estructura de retraso en el cumplimiento del deudor, que no hace inidónea la prestación para satisfacer el interés del acreedor, y la (posible) incidencia de la devaluación monetaria sobre la indemnización de daños correspondiente. Es sabida la dificultad para deslindar en la práctica, en muchas ocasiones, los supuestos de retardo que implican incumplimiento definitivo del deudor, de aquellos otros que pueden considerarse de mora, y también es sabido que la razón de dicha dificultad está en que resulta muy complicado, en esas ocasiones, indicar cuándo, a pesar del retraso, la prestación ya no satisface el interés del acreedor. Ahora bien, si dicha tarea no es fácil, en

general, menos lo es en el caso particular de las obligaciones pecuniarias. En efecto, concebida la prestación en las mismas como una deuda de suma, la utilidad del deudor no deriva de la intrínseca utilidad *a se y per se* de una cifra de unidades ideales de cuenta, sino de ser representativa de un determinado poder de adquisición de otros bienes y servicios: poder de adquisición entendido en la más pura manifestación jurídica del mismo, es decir, derivado de ser el dinero medio general de cambio e instrumento forzoso de pago. Pero si ello es así, rara vez podrá individualizarse un caso en que la prestación intempestiva de dinero no resulte aun útil para el acreedor (con independencia del abono de los daños, que es precisamente nuestro tema); es más, aún partiendo de la hipótesis, de no imposible construcción lógica, pero de escasa entidad empírica, de un incumplimiento definitivo de una obligación pecuniaria, no deja de ser digno de señalar que lo que la reclamación judicial puede conseguir para tal acreedor *definitivamente insatisfecho* es, cualitativamente siempre, y cuantitativamente casi siempre, *lo mismo* que el acreedor *no definitivamente insatisfecho* consigue: la suma debida más la indemnización de daños y perjuicios (en el primer caso por la condena y la eventual ejecución forzosa, en el segundo caso por idéntico procedimiento, o porque el moroso se avenga a liquidar dicha indemnización voluntariamente); y además lo puede conseguir *siempre* (en términos jurídicos, pues ya se sabe que la «impotencia financiera», cualquiera que sea su causa, no libera al deudor; las cosas son distintas, es obvio, en términos económicos, pues al acreedor de nada vale la persistencia jurídica de la obligación frente a un insolvente). Subrayemos el dato, que no suele ser realizado, pues será útil en otro desenvolvimiento esencial de esta tema, cuando se haga cuestión de la problemática de la exigencia del «mayor daño» (es decir, el excedente de los intereses que la ley indica como componente mínimo —según una doctrina, componente único— de la indemnización de daños y perjuicios: artículo 1.108 del Código Civil) en caso de mora. A poco que se piense, ello no es sino manifestación de la extraordinaria singularidad de las obligaciones pecuniarias, cuya reglamentación se aparta significativamente de la de las restantes obligaciones de dar, incluso de dar cosas genéricas, a las que, por cierto, sin demasiado rigor, las asimila un sector de nuestra literatura. El fenómeno tiene tal intensidad que se ha dicho, cierto que con algo de abuso del lenguaje, que la regulación de las obligaciones pecuniarias escapa al Derecho «común» de las obligaciones.

Por ello, y sin entrar en mayores consideraciones sobre la relación entre mora y otros tipos de incumplimiento de los que se está hablando en las obligaciones pecuniarias «puras», es decir, las configuradas como deudas de suma o cantidad, circunscribimos nuestra tarea a lo que parece ser el caso de incumplimiento

de las mismas de perfiles más definidos, y desde luego, el más importante a efectos prácticos: el de la *mora debitoris*.

3. Hechas las anteriores aclaraciones, debemos indicar el objeto de nuestra indagación: despejar si se dan las condiciones de principio para que se pueda plantear en nuestro Ordenamiento la incidencia de la devaluación monetaria en el daño resarcible como consecuencia de la mora del deudor. Tales condiciones de principio son básicamente tres, e íntimamente entre sí relacionadas. La primera de ellas es si nuestro Ordenamiento consiente la exigencia de un «mayor daño» en las obligaciones pecuniarias más allá de los intereses a que se refiere el artículo 1.108 del Código Civil. La segunda, constatar, despejada favorablemente, si ello es posible, la incógnita anterior, si tal exigencia no choca contra el principio nominalista. La tercera, y en esta secuencia lógica la última, si es posible identificar un daño resarcible como consecuencia de la devaluación monetaria, cuestión, como se verá, estrechamente integrada con la de la prueba de dicho daño. Faltando una de estas tres condiciones de principio, a las que van dirigidas estas consideraciones, cae por su base el problema, en términos jurídicos. Ni que decir tiene que se parte de la premisa de que no hay una particular reglamentación *ad hoc* de las partes.

Podemos adelantar que las conclusiones, en el estado actual de nuestras determinaciones normativas, resoluciones judiciales y aportaciones doctrinales, distan mucho de dejar de ser polémicas, sobre todo cuando se ve que los puntos de apoyo menos controvertidos para defender una postura u otra están inficionados de una, por lo general, insuficiente reflexión, que las convierte en demasiados casos en lugares comunes, necesitados de una más cuidada profundización.

4. El problema del «mayor daño» en la mora se plantea por la mejor doctrina como irresuelto, destacando empero que el modelo de nuestro codificación, el *Code*, formuló claramente (artículo 1.153, redacción originaria) una regla de tasa *à forfait* de la indemnización por mora, cifrándola en una cantidad de intereses determinados porcentualmente sobre el monto de la suma adeudada. A esta solución no parecen ajenas necesidades de fácil liquidación de los daños en unas obligaciones, cuyo ágil funcionamiento era muy de desear en un etapa de incipiente capitalismo, y de intensificación, por consiguiente, de los flujos monetarios; tampoco parece ajena a dicha solución que la promulgación del Código francés no coincide con una época de especial inestabilidad monetaria: es la ausencia del problema, y no su reacción frente al mismo, lo que abona la decisión plasmada en el texto legal.

En verdad, y saliendo de momento de un análisis puramente histórico, parece ser que el método de la indemnización *à forfait* tanto puede ser justificado por la estabilidad como por la inestabilidad monetaria. Ello no debe chocar en absoluto, porque detrás

de estas soluciones no sólo suele haber apreciaciones y valoraciones genéricas sobre el grado de estabilidad del sistema monetario, sino también índices de tutela de un tipo u otro de agentes económicos, y ello más allá de (también) genéricas apreciaciones y valoraciones sobre el *favor creditoris* o el *favor debitoris*. En el fondo, la que se hace objeto de juicio de valoración, cuando se visualiza como problema la devaluación monetaria, es la cuestión de quién debe soportar el riesgo de la misma. Y sin embargo, para decir toda la verdad, tampoco aquí es fácil individualizar todas las líneas de tendencia, porque acreedores y deudores de dinero pueden ser los más diversos sujetos económicos. Ahora bien, se comprende sin esfuerzo que continuar por estos derroteros del discurso nos podría llevar muy lejos, y bastante fuera de la dimensión que se pretende darle en este lugar. Será más adecuado a esa dimensión retener que se debe huir de un demasiado fácil esquematismo a la hora de dilucidar cuáles son las opciones políticas de fondo en obligaciones como las pecuniarias, donde la pura y simple cualidad de deudor o acreedor, en sí misma, es bastante inespecífica de la categoría socioeconómica del sujeto: por ejemplo, los grandes bancos son grandes acreedores y grandes deudores de dinero.

Todo lo anterior ha venido a cuenta, y ahora se retoma la sumaria aproximación al antecedente extranjero por excelencia del Código Civil español, porque de ello se deduce que no es tarea exenta de complicaciones indicar las razones jurídico-políticas de la solución «*forfaitaria*» (valga el barbarismo) del Código francés (ni de ningún otro texto legal que la adopte, o la supere). Y si a ello se añade que nuestro Código, en la materia de los daños por mora, no ha expresado tan tajantemente dicha solución, habrá que convenir que el recurso al dato histórico no conduce, en estos dominios, a gran cosa.

Se decía que la mejor doctrina da el problema por irresuelto, limitándose a su formulación. No obstante, la orientación prevalente va en el sentido de admitir la exigencia del «mayor daño», aunque los razonamientos no son de una gran profundidad o, mejor dicho, no se profundiza demasiado en los razonamientos que se utilizan. La apelación a la equidad o a la correspondencia de las prestaciones, el principio del íntegro resarcimiento, que goberna la indemnización de daños, serían decisivos si se esclareciese su alcance real en la hipótesis en estudio, y en función de este alcance concreto, se demostraría que producen siempre resultados justos, y asimismo se demostraría su posibilidad de realización práctica, sobre todo en el orden probatorio, todo lo cual, como mínimo, no ha sido demostrado más allá de toda duda; es más, en cuanto se ahonda en el asunto, surgen fortísimos interrogantes. Diera la sensación, como ha sido antes anotado, de que

estamos ante lugares comunes que permiten santificar una solución prejuzgada, y que, tal vez, mereciera mejores argumentos.

Antes de comprobar adónde llegarían esos argumentos, puestos al fuego de la concreta situación en análisis, se hace preciso examinar alguna defensa de la tesis contraria, la que postula el carácter inequívocamente «forfaitario» de los intereses contemplados en el artículo 1.108 del Código Civil; pues, como queda dicho, si la bondad de esta posición quedara de manera inobjetable establecida, *a fortiori* quedaría negado el problema que nos ocupa, y en consecuencia, y en sentido negativo, resuelto.

Se debe inmediatamente decir que no resulta inequívocamente convincente lo que se aduce en contra de la tesis de la posibilidad de exigencia del mayor daño.

En primer lugar, no se combate adecuadamente la razón principio de tal posibilidad, que no es otra sino el principio de resarcimiento integral del daño. Como tal principio es indiscutible: una (ya se verá que no la única) vía crítica válida para el mismo consistiría en dilucidar si es posible arbitrar una fórmula del mismo que, sin caer en un desbordado casuismo y sin apelar a vagas y siempre peligrosas —pues extralimitan los poderes del juez— razones de equidad, no condujera, en la práctica, a resarcimiento de daños que realmente no se han producido. Tal intento no se hace, y no puede hacerse, sin el estudio del régimen probatorio del supuesto mayor daño, que es lo que hemos dado en llamar una condición de principio; en este sentido resulta paradigmático lo que sucede con esa concreta rúbrica del mayor daño, cuando de devaluación monetaria se trata. Ello nos remite a lo que hemos dado en llamar la tercera condición de principio, y allí reenviamos para una eventual apreciación crítica.

Tampoco resulta satisfactorio el dato sistemático de la correlación existente entre el artículo 1.108 y el 1.106 del Código Civil. Se pretende que el inciso final de este último deja al margen del principio general del artículo 1.106 las deudas pecuniarias, en las que está limitada la responsabilidad de la mora a los intereses legales, habida cuenta de que no hay mención en el artículo 1.108 al mayor daño; pero la estructura de este razonamiento es evidentemente tautológica, haciendo cuestión de lo que hay que demostrar: si tiene la ausencia de mención referenciada del artículo 1.108 del Código Civil precisamente esa virtud limitativa, lo que está muy lejos de demostrarse. Y no deja de causar alguna perplexidad que se afirme que en caso de incumplimiento definitivo o absoluto de la obligación pecuniaria la cuestión se plantea en otros términos, de modo que se puede exigir la más amplia indemnización autorizada por el artículo 1.107, párrafo segundo, si se demuestra la mala fe del deudor. En primer lugar, el mencionado párrafo se entronca con una agravación de responsabilidad por dolo, específica del supuesto, sí, pero por vía de atenuación

del nexo causal (tal como la jurisprudencia habitualmente expone, con apoyo en la dicción del propio Código, aunque, en puridad, la cuestión de la agravación de la responsabilidad y la del nexo causal deben, al menos en términos lógicos y sistemáticos, mantenerse separadas); la tesis que ahora se critica no toma en consideración que la mora puede ser dolosa, lo que ya supondría un importante punto de quiebra del argumentar adoptado; es decir, que en este supuesto, perfectamente posible, excluir al deudor moroso de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.107 debe necesariamente partir de considerar única indemnización posible la tasada por el artículo 1.108, lo que de nuevo implica un razonamiento circular. Por la misma razón, si no se niega apriorísticamente la posible exigencia del mayor daño, al deudor en mora culposa le sería de aplicación el párrafo primero del artículo 1.107. En suma, afirmar que el artículo 1.107 es aplicable sólo al incumplimiento absoluto, porque allí se contemplan mayores daños que los del artículo 1.108, es, de nuevo, prejuzgar el entendimiento de éste. Pero hay más: como ha quedado apuntado, los confines entre incumplimiento definitivo y retraso en el incumplimiento en las obligaciones pecuniarias son harto tenues; y aunque no se niegue que pueden diferenciarse casos de uno y casos de otro, no deja de ser singular cosa y dato para la reflexión que, como antes quedó dicho, la reclamación judicial consiga en la hipótesis del incumplimiento definitivo de la obligación pecuniaria lo mismo, en términos cualitativos, que en la de la mora. Si todo lo anterior es así, como parece serlo, no es muy fácil aceptar una tan radical diversidad de principios rectores de la indemnización en las obligaciones pecuniarias según que el supuesto sea de incumplimiento definitivo o lo sea de mora, en función de un deslinde bastante formalista y prejuicioso del ámbito de aplicación de los artículos 1.106, 1.107 y 1.108 del Código Civil.

No parece tampoco argumento de demasiada consistencia el derivado de las dificultades (por lo demás, en algún caso especialmente imaginadas) de orden procesal que conllevaría admitir la exigencia del mayor daño. Aparte del argumento *a limine* de que tales posibles disfunciones de las normas procesales no vincularían la validez de la conclusión de la admisibilidad del mayor daño en el terreno de las normas sustantivas, y saliendo inmediatamente al paso de la objeción consistente en que tal forma de argumentar escinde artificialmente, por así decirlo, el mundo de la acción del mundo de la pretensión, está por demostrar que, bien contorneada la regla del mayor daño en lo sustantivo, provocara dificultades a la hora de su exigencia en juicio; máxime cuando los procedimientos civiles son tan extraordinariamente flexibles, por el imperio (tal vez tiránico, y de consecuencias, en algunos casos, injustas; pero esa es otra cuestión) del principio dispositivo. Esto dicho, es evidente que si la regla sustantiva (o «material»,

no se pretende ahora, y en esta cuestión, entrar en disquisiciones sobre la pureza de esta terminología) no es clara técnicamente, es insatisfactoria desde el punto de vista de la letra de la ley, o se la considera portadora de intereses no suficientemente atendibles desde una contemplación de principios, la regla adjetiva o procesal planteará problemas, tal vez muy importantes, de aplicación; pero eso es consecuencia de lo primero, no su causa, salvo que se quiera legitimar, como no parece pueda serlo, un cierto modo de razonamiento circular, de nuevo.

Otra objeción a la posible exigencia del mayor daño se quiere fundar en que su admisión favorecería a determinados agentes económicos, precisamente los más poderosos en el tráfico, e iría en desfavor del principio constitucional del *favor consumptoris* (que se quiere ver consagrado en al artículo 51 de la Constitución). Pues bien, aun sin negar que tal consecuencia se pueda producir, y sin entrar en el real alcance del sedicente principio constitucional (tema que podría llevarnos demasiado lejos, y con resultados no inequívocos), la objeción no satisface porque contempla parcialmente las cualidades posibles de los acreedores o de los deudores de suma de dinero. Valga un ejemplo, y de no poca, por desgracia, actualidad: el de la Administración Pública o las grandes empresas deudoras de dinero a pequeños contratistas o pequeños suministradores, que pone de manifiesto que ni el deudor «merece» siempre la tutela del consumidor, ni el acreedor los correctivos que se acordaran para evitar una posición de hegemonía en la relación obligatoria; y como inciso se podría decir que no se sabe en relación con qué se articularían tales correctivos, salvo que hubiese una normativa *ad hoc*, lo que no siempre acaece, ausencia que remite, de alguna manera, a la cuestión de la protección del «contratante débil», verdaderamente incierta en sus plasmaciones concretas, por mucho que nadie quiera, al menos abiertamente, discutir tal principio. Ahora bien, se debe convenir sin esfuerzo que la crítica efectuada (que parte de la parcialidad del argumento) reconoce también, por propia coherencia lógica, la parcial verdad de lo que combate; lo que sucede es que si ello es así, y se ha de mirar a cada supuesto para guardar la justicia del caso concreto, tal resultado no se consigue como sea a precio de entrar en una auténtica jurisprudencia de equidad, y ello, no nos engañemos, supone extralimitar los poderes del juez, y muy posiblemente hasta dinteles no deseables (ni siquiera por los jueces), levando el ancla de deseables (al menos para el que escribe, y piensa no estar solo) puntos de apoyo en las normas. Amén de que, antes de bendecir tal tipo de soluciones, habría que pensar si su adopción generalizada no conduce a desajustes globales de tal calibre que acaben por producir, para el conjunto de los agentes económicos, consecuencias que perjudiquen a todos. No siempre se puede plantear esta materia como la aporía de la seguridad y

de la justicia: la primera puede ser, en ocasiones, la más firme garantía de la segunda para la mayoría de los destinatarios de las normas, socialmente poderosos o no.

Toda esta compleja, por cierto, problemática se conecta con la última razón de oposición a la exigencia del mayor daño que suele barajar, y es que ella supondría ir en contra del principio nominalista. Pero no creemos que ello se pueda plantear desde el ángulo restringido de la cuestión de dicho mayor daño, porque envuelve la determinación del alcance de aquel principio, y más en concreto, si ese alcance llega a los supuestos patológicos de la vida de la relación obligatoria. Así las cosas, es obligado entrar en el análisis de lo que llamamos la segunda condición de principio para calibrar la incidencia de la devaluación monetaria sobre la indemnización de daños y perjuicios en caso de mora *debendi*.

5. Es ocioso, por sabido, señalar la ausencia de una formulación clara en sede normativa del llamado principio nominalista (*peseta igual a peseta*) en nuestro Ordenamiento jurídico. Sin embargo, es de sobra conocida la vigencia, en línea de regla general, del canon del valor nominal del signo monetario como el atendible de modo general para el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias propiamente dichas, las que consisten en una deuda de suma. Como se ha dicho, deriva el principio nominalista de la premisa de que el dinero no es conceptualmente asimilable a ningún otro bien real, por ser el único institucionalmente destinado al intercambio y el único no susceptible de utilidades alternativas a las derivadas de dicho intercambio o a su empleo en formas remuneradoras; y con esta premisa económica, y en función de ella, se establece que el principio del valor nominal, en su sentido más estrictamente jurídico, significa sólo que la obligación pecuniaria asumida se deberá considerar extinguida con el pago de tantas unidades monetarias, cualquiera que sea su valor desde el punto de vista económico, como las *in obligatione deductae*. De aquí se pretende deducir que el que las obligaciones pecuniarias se cumplan con independencia del valor económico de la suma debida no implica que esa independencia o indiferencia sean lo que persigue el Ordenamiento, y por consecuencia, la razón y fundamento del principio nominalista, sino consecuencia de éste, que no es sino una regla de Derecho. Con esta conclusión se puede estar de acuerdo solamente de manera parcial, si se ve al tantas veces referenciado principio de una manera atomística, desempeñando su papel en singulares relaciones obligatorias; pero en una más compleja perspectiva se alza otro tipo de afirmación, más bien contraria. En efecto, habría que tener por certeza adquirida que la razón de la existencia del principio nominalista no es del todo ajena a una pretendida indiferencia del valor económico real en relación con el nominal de la moneda; basta para apercibirse de lo que ahora se expone tener en cuenta que la defensa

radical de un contrario (al nominalista) principio valorista escondía una marcada opción ideológica en favor del mercado, a cuyos espontáneos mecanismos se confiaba el equilibrio, y de los cuales el dinero había de ser un reflejo fiel, mientras el Estado permanecía neutral. Con la afirmación de un radical principio valorista viene a mucho menos la posibilidad del Estado de intervenir en la vida económica; ahora bien, con independencia de simpatías mayores o menores, o diversidad de propuestas sobre sus poderes y sus dimensiones, tal Estado absolutamente neutral no existe, ni constitucionalmente puede existir (en España), porque no sería un «Estado social»; sin principio nominalista, magra política monetaria se podría hacer, y sin política monetaria, poca (a lo que se ve, por las corrientes del mundo, prácticamente ninguna) política económica. En todo caso, y si no se está dispuesto a compartir las anteriores posiciones en toda su extensión, nos parece difficilmente negable que una política de depreciación monetaria (y el principio nominalista puede sustentarlía por sí solo, sin necesidad de recurrir a medidas específicas) puede responder en determinadas condiciones a intereses vitales del Estado. Pero hay más: prescindiendo del papel del Estado en la vida económica, un sistema económico desarrollado de sello capitalista no puede funcionar sin principio nominalista, porque sin él no es posible un verdadero cálculo económico, que si hubiera de hacerse atendiendo a una fluctuación constante del valor sería, ya que no matemáticamente, prácticamente inviable.

Frente a todo lo anterior se podría decir, más allá de toda la lógica propia de los agentes económicos privados, que precisamente el carácter «social» del Estado le impondría un principio valorista, para salvar los contrastes que con la justicia comutativa supone el principio nominalista, contrastes que afectan a clases desfavorecidas que dicho Estado «social» ha de proteger. Y también se podría argüir, ahora más allá de la lógica propia del Estado «social», que para los agentes económicos privados puede resultar conveniente y hasta necesario incorporar a sus previsiones la depreciación monetaria. Todo lo anterior es cierto, y a ello responde que, junto al principio nominalista, convivan los mecanismos de revalorización legislativa, judicial o convencional; pero no es menos cierto que la coherencia general de un sistema económico desarrollado necesita del nominalismo, aunque puede exceptuarlo, en determinados casos y determinadas condiciones, con remedios valoristas, ligados a la intervención de los poderes públicos o a la autonomía de los particulares. Así, el valorismo se presenta como excepción, y el análisis histórico y actual de los Ordenamientos jurídicos lo confirma sin grandes dificultades.

No se puede sostener, sin más, que la regla jurídica del nominalismo no es sino la manifestación de la regla del *idem debitum*, como requisito del pago, especialmente modulada por ser

objeto de la obligación un bien de características tan peculiares como el dinero, con independencia en su *ratio* de la cuestión del valor de éste; semejante aproximación al fenómeno es demasiado formalista, y que los remedios valoristas se presenten como excepción no deja de ser un dato significativo.

Sentado esto, se ve claro que, precisamente porque al Ordenamiento no le es indiferente el valor del dinero, y por razones sociales y de cálculo económico responde con el principio nominalista de manera general, cuando no estén presentes dichas razones, no hay inconveniente alguno en plantearse que no rige el mencionado principio. Es decir, es la consecución de las finalidades propias del principio nominalista, y no su vestidura jurídico-formal, ligada a la idea del *idem debitum* lo que justifica su aplicación. Así las cosas, el problema de la incidencia de la devaluación monetaria sobre la indemnización de daños y perjuicios por razón de la *mora debitoris* se coloca en su propia sede, y no se le da una apriorística respuesta, que envuelve (¡de nuevo!) una petición de principio. En efecto, si afirmamos que a la deuda de daños y perjuicios, accesoria a la principal incumplida, se le aplica el principio del valor nominal, porque el principio del valor nominal no es otra cosa sino la fuerza solutoria del mismo número de unidades ideales de cuenta en que consistía la obligación pecuniaria «pura» (deuda de suma o cantidad), es bien claro que cuando esos daños se refieran a intereses moratorios, que la ley calcula como una deuda de suma sobre el montante del principal, no podrán ser revaluados teniendo en cuenta la depreciación monetaria. Pero la premisa mayor está indemostrada, puesto que, sin argumento alguno, se ha contestado positivamente a la pregunta acerca de si a la deuda por los daños y perjuicios se le aplica el principio nominalista.

Ahora bien, esta respuesta es la que no está clara. En efecto, mueven a fuertes dudas las consolidadas jurisprudencia y doctrina de que la deuda de daños y perjuicios, si procede de ilícito extracontractual, civil o penal, es deuda no de suma, sino de valor, porque habida cuenta de la ilicitud originante del daño, debe buscar el íntegro resarcimiento del patrimonio dañado, y en consecuencia, no ha de padecer las consecuencias de la depreciación. Obsérvese que no hay motivo alguno para que se extienda dicha regla tan sólo al supuesto de que acaezca un daño en un determinado momento en el cual éste no quede cifrado en dinero, con la consecuencia de que en el momento de hacer efectiva la reparación se debe tener en cuenta la depreciación monetaria, sino también a aquellos en que el daño puede quedar determinado en dinero desde un principio, v. gr. destrucción o pérdida de un depósito de numerario, hurto o robo de una cantidad. En verdad, desde una perspectiva que no pierda de vista la sustancia de la cuestión, y ante las mencionadas hipótesis (que, con toda proba-

bilidad, no son las únicas), no parece demasiado posible distinguir entre deudas resarcitorias de valor (derivadas de ilícito extracontractual, civil o penal) por ser ilíquidas, y deudas resarcitorias de suma (también derivadas de ilícito extracontractual, civil o penal), por no serlo. Pero, dado que el carácter de deuda de valor y no de suma no puede venir determinado por el requisito de la liquidez; dado que ninguna deuda de daños (ni contractual, ni extracontractual) tiene carácter de pena, sino de reparación; dado que la mora es también un ilícito; dado ese conjunto de argumentos en favor de la igualación, ¿cómo justificar la diferencia de tratamiento?

La respuesta a todo ello es relativamente simple, si se recuerda lo expuesto sobre el principio nominalista: éste tiene su sentido como regla general de funcionamiento del sistema económico, tanto desde la perspectiva del Estado como de los particulares, regla de general observancia, salvo los remedios de excepción, pero pensada para el regular cumplimiento de las obligaciones; es un funcionamiento fisiológico del tráfico el que contempla la regla del nominalismo; en su *ratio* no está contemplado el evento del incumplimiento de las obligaciones, por la sencilla razón de que las deudas de daños no tienen su origen, no se encadenan causalmente (al menos no sólo, como sucede en el caso de la devaluación monetaria, como se explicará más adelante con algo de detalle, pues el punto es conflictivo) con fenómeno monetario alguno, sino con la conducta irregular del deudor. El fenómeno del incumplimiento, para el general funcionamiento del tráfico, y por voluminoso que pueda ser en ocasiones (y si comportara una general cesación de pagos, con seguridad merecería una intervención específica, lo que colocaría la cuestión en términos bien distintos), es un fenómeno residual, y anormal, y como tal ha de ser tratado. Esta es la verdadera razón de fondo de que el dominio del principio nominalista resulte ajeno a las hipótesis de incumplimiento de la obligación, y dispensa de utilizar analogías forzadas, como sería la de atribuir el riesgo de la depreciación monetaria al deudor moroso, por aplicación de preceptos como el artículo 1.182 del Código Civil.

Consecuencia de la anterior conclusión de la extrañeza del principio nominalista a las hipótesis de incumplimiento de la obligación, será admitir que concurre la anunciada segunda condición de principio para que se pueda hablar de incidencia de la devolución monetaria en la mora del deudor.

Ahora bien, y conviene tenerlo presente, siendo ése el dominio propio del principio nominalista, nada impide al legislador extenderlo al incumplimiento de la obligación. El caso es precisamente el de la fijación de una tasa *à forfait* para los intereses moratorios; pero ello no supondría ausencia de la segunda de las condiciones de principio por nosotros fijadas (en concreto, el no juego del

principio nominalista), sino por vía de consecuencia de faltar la primera (posibilidad de exigencia del mayor daño).

Empero, resulta obligado decir que tal no es el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de noviembre de 1986. Lo que sucede es que no aquietá ni convence por la simplicidad del razonamiento sobre el principio nominalista, tal vez determinado porque concurrían otras causas de desestimación del motivo alegado, sobre todo de índole procesal, al no separarse con la debida claridad y precisión, de acuerdo con los términos del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la pretensión económica por una sedicente ruina del actor y el quebranto por el desvalor del dinero. Sin que quepa calificar, al menos de manera segura, el argumento utilizado por la sentencia como un mero *obiter dictum*, queda en pie como *quaestio dubia* cuál habría sido la postura adoptada si se le hubiera alegado la devaluación monetaria como capítulo autónomo y correctamente diferenciado, dentro de los integrantes de la indemnización de daños y perjuicios. Es más, conviene apuntar que la evidente antipatía de la jurisprudencia para dar relieve a la devaluación del dinero, se adscribe fundamentalmente a fallos en los que se polemiza en cuánto y cómo debe cifrarse la prestación debida, y no sobre cómo se calculan monetariamente las consecuencias del incumplimiento de la obligación. Todo sumado, parece que se hace muy difícil afirmar la existencia de una línea jurisprudencial en el tema concreto que estamos examinando.

6. La continuación del discurso requiere, ahora, analizar la por nosotros denominada tercera condición de principio. Al comienzo de este trabajo la habíamos individualizado como la de la existencia de un daño derivado de la devaluación monetaria, individualización ligada muy estrechamente a la problemática de la prueba de dicho daño.

En efecto, ha sido esta problemática (curiosamente, por las perplejidades que ha suscitado) la que ha finalizado por arrojar la que nos parece la más adecuada luz sobre la individualización del daño ocasionado por la devaluación monetaria, y en función de esta individualización, la que ha propiciado la solución que nos parece más probable, en el estado actual del Ordenamiento, a la interrogante esencial de este trabajo, es decir, la comprensión de aquella devaluación dentro de la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la mora del deudor. Veámoslo.

Ha sido planteamiento bastante generalizado, y sustentando por doctrina de no poca autoridad, vincular el daño derivado de la devaluación monetaria a las posibilidades de empleo, por parte del acreedor, de la suma debida y no entregada tempestivamente. Así, la existencia de dicho daño viene conectada con la prueba de que la falta de dicho empleo, como secuela de no poder disponer de la suma, ha ocasionado daños al acreedor, bien bajo la

veste del daño emergente, bien bajo la del lucro cesante. A partir de este momento, las incertidumbres han brotado de manera inevitable, y, lógicamente, las críticas. La primera objeción puesta de manifiesto es la de que, concebido en tal forma el daño ocasionado por la depreciación monetaria, el problema sale, en realidad, de sus propios confines, y de lo que se está haciendo cuestión no es tanto de la pérdida del valor de la prestación debida, que no es otra cosa que el dinero, considerado en sí mismo como bien, sino de la pérdida económica que el patrimonio del acreedor padece al tener que procurarse bienes y servicios a un costo mayor. Y al razonar de esta manera, se están confundiendo cosas diversas: el menor valor de lo adeudado, que no es sino una suma de dinero, con su menor capacidad adquisitiva de concretos bienes y servicios, que puede ser muy diversa, porque la devaluación no afecta de manera igual al precio de todas las cosas. De esta manera, la apreciación del daño concreto se torna un asunto de extrema complicación desde el punto de vista probatorio, porque la demostración del quebranto padecido por el acreedor se funda en hipótesis de difícil, cuando sea posible, acreditación sobre los diversos empleos que se hubiera podido dar al dinero si la prestación del mismo hubiera acaecido en el momento pactado. Conscientes, los que propugnan una tal solución de la vacilante casuística a que ello puede dar lugar, intentan una réplica agrupando en categorías a los acreedores de dinero según su actividad, y así no es extraño ver una clasificación de los mismos bajo rúbricas tales como «consumidor», «pequeño ahorrador», «pequeño empresario», «gran empresario», etc., procedimiento que echa por la puerta cuestiones que acaban entrando por la ventana. En efecto, nada hay, salvo criterios sociológicos siempre relativos y opinables, y por consiguiente inseguros, para fijar con un mínimo de nitidez los contornos de estas clases y categorías, lo que conduce a una desbordada casuística, pues se acaba poniendo de manifiesto no sólo que aquéllas son entre sí heterogéneas, sino también que los supuestos comprendidos en ellas carecen de una suficientemente común homogeneidad. Ello alarga los poderes del juez a extremos que seguramente no son deseables, con quiebra de aquel mínimo de certeza del Derecho para que el arbitrio judicial no se vuelva una cantera inagotable de posibles arbitrariedades, al no tener (por no poderlo tener, no se habla, como es obvio, de incorrecciones en la tarea de juzgar) las decisiones jurisdiccionales el anclaje suficiente en datos que prefiguren, de un modo razonablemente uniforme, el contenido de las mismas para el conjunto de los ciudadanos. Pero no se acaban ahí los inconvenientes, con ser graves, pues implican el venir a menos de un principio constitucional, como el de la seguridad jurídica. Hay más: con tales mecanismos a la hora de determinar el daño derivado de la devaluación monetaria, padece también el principio de igualdad, pues la diversi-

ficación entre categorías de acreedores, al estar falta de bases firmes, también está ausente de aquellos elementos de razonabilidad que pudieran justificar la discriminación; además, la discriminación es especialmente rechazable, porque favorece a los agentes económicos más poderosos: en efecto, si se agrupan los daños producidos en función de la pertenencia a clases o categorías, como las antes citadas, dichos agentes tendrán siempre a su favor el hecho de que suelen emplear el dinero de un modo más rentable; ello se traducirá no sólo en que el monto de esta partida de la indemnización será mayor, sino también en que tendrán mayor facilidad para acreditarla. Al paso, debemos decir que esta consecuencia, que no se aceptaba cuando se criticaba la tesis que la veía como secuela inevitable de la admisión de la exigencia del mayor daño, y se la criticaba no porque no se pudiera producir, sino porque aquella tesis, con cierto esquematismo, la consideraba siempre presente en la exigencia del mayor daño, ahora es de imperiosa aceptación, desde la premisa que liga la prueba del daño ocasionado por la devaluación monetaria a la pertenencia a clases y categorías de sujetos con mayor o menor capacidad para extraer rentabilidad al dinero.

Alrededor de estas objeciones fundamentales, se pueden nuclear otras que las acompañan directa o indirectamente, y han sido señaladas. Nosotros ahora hacemos gracia de ellas para evitar prlijiedades que no son, a nuestro juicio, necesarias, para acabar concluyendo que la conexión entre las posibles utilizaciones del dinero por el acreedor a la hora de fijar el daño derivado de la depreciación del dinero conduce o a la utilización como criterio de categorías o clases de deudores, con los indeseables, a nuestro juicio, resultados apuntados, o a no utilizar ningún criterio, porque desde el punto de vista probatorio la premisa es casi siempre hipotética, y es hipotética por la propia naturaleza del dinero, al ser el medio general de intercambio y pago.

Todo lo anterior se ha querido constatar en términos empíricos y prácticos; pero no es menos cierto que lo inadmisible de ello se evitaría si se partie de premisas correctas sobre lo que es el daño derivado de la devaluación monetaria. De nuevo se ha de partir de la configuración jurídica del dinero como singular bien destinado de manera institucional al intercambio y al pago de cualesquiera otros bienes o servicios. De ello deriva, sin mayores dificultades, una apreciación: el dinero funda un poder adquisitivo abstracto, que si se quiere estimar económico de manera general, es susceptible de serlo sólo a través de promedios sobre la depreciación o revaluación fijados en un porcentaje, sobre cuyos niveles máximos y mínimos puede haber discrepancias, pero con una separación que es lo suficientemente pequeña para considerarlo fiable desde un punto de vista técnico, en orden al cálculo económico general o macroeconómico. La determinación, en

concreto, de la tasa de inflación, cuenta hoy con herramientas muy afinadas, tanto desde las posibilidades de algunos operadores económicos privados como, y es lo más importante, desde la Administración Pública, con papel determinante del Banco Central, en nuestro país el Banco de España. Ahora bien, si se parte de esta premisa, que considera al bien dinero objeto de la obligación pecuniaria, sólo en su valor como tal dinero en general, y no ligado a eventuales y muy diversas posibilidades del acreedor para utilizaciones de la suma debida, el daño propiamente dicho de la depreciación monetaria es igual para todo acreedor, y viene ligado para todo acreedor a la tasa de inflación, o a lo sumo, a la tasa básica de descuento fijada por el Banco central, cuya fijación en la práctica se hace con atención a la primera. Esos parámetros, y no otros, son los de la fijación del daño padecido por cualquier acreedor, insistimos, por *cualquier acreedor*, lo que evita los problemas del encasillamiento de éste en clases o categorías. Ni que decir tiene, y se dice para salir al paso de una eventual y, a nuestro juicio, simplificadora objeción, que no se sienta esta configuración del daño producido por la depreciación monetaria, para el caso de que deudor y acreedor hayan contemplado conjuntamente y *ab initio* una específica aplicación de la suma monetaria a la adquisición de un concreto bien o a la obtención de la prestación de un concreto servicio.

Sin embargo, una vez configurado así el daño ocasionado por la depreciación monetaria, surgen otras cuestiones, de cuya respuesta depende la corrección de la anterior conclusión sobre el daño que ocasiona aquella depreciación del dinero. En efecto, se objeta que si se entiende por tal daño el general que padece cualquier acreedor por consecuencia de la devaluación, tal daño no sería imputable nunca al deudor, pues se ocasiona por circunstancias de carácter general, en las que aquél no está implicado, de las que no es protagonista, y de las que, por tanto, no debe responder. En pocas palabras, vendría a faltar el nexo causal entre la conducta irregular del deudor y el daño, pues ésta no se produce por una concatenación entre ambos. Empero, tal argumentación, creemos, no vale. Ciento es que un concreto deudor (salvo casos extremos, y casi novelescos, aunque en esta materia de las denominadas en la jerga económica y política «turbulencias monetarias», la realidad, a lo que se ve, puede llegar a superar a la ficción) no puede ser considerado ni mínimamente autor de una depreciación general del dinero. Pero no menos cierto, y parece obvio, es que tal modo de razonar esconde un sofisma: el deudor no es responsable de la depreciación general, es claro, y sin embargo, también lo es que si el deudor de suma hubiere cumplido tempestivamente, su acreedor no habría padecido ese daño general de la depreciación, *medio tempore*, desde el momento del cumplimiento hasta el del efectivo pago. Luego no es cierto en abso-

luto que no se pueda establecer un nexo causal entre la mora y la depreciación. Mayor enjundia puede tener la objeción si se cambia la base de la misma, aun permaneciendo dentro del tema del nexo causal; y ello se puede hacer desde el instante en que se sostenga que en la materia de la reparación del daño no se pueden imputar al agente dañoso los riesgos generales de la vida, y, no nos engañemos, la depreciación monetaria lo es, y como tal riesgo general de la vida, debe ser asumido por el acreedor, máxime cuando el Ordenamiento jurídico le pone a su alcance el pactar cláusulas de estabilización. No se opone a esta objeción que la doctrina del riesgo general de la vida ha surgido en el ámbito de la responsabilidad extracontractual: hemos dicho anteriormente para otra cuestión, y vale también para ésta, que no vemos razones fundadas para bifurcar, en este punto, el régimen de dicha responsabilidad en relación con la contractual. En consecuencia, admitida esta atemperación del nexo causal por efecto de la consideración del riesgo general de la vida (que, repetimos, además no se ha de padecer de modo inexorable, porque se puede prevenir con las cláusulas de estabilización), en tanto que el normal transcurso de la existencia predica una cierta depreciación de la moneda, ésta no se podría constituir en daño resarcible; por lo demás, cuando esa depreciación fuera producida dentro de ese contexto de normalidad, habría, tal vez, que replantearse la cuestión; pero a esas situaciones de grave anormalidad no se pretende en este trabajo dar respuesta. De todos modos, el criterio del «riesgo general de la vida», perteneciente, como es sabido, a la doctrina de la imputación objetiva, no es asumido de un modo general, ni esta misma doctrina tampoco, lo que hace que la bondad del mismo, seguramente cierta, no pueda, al menos aún, elevarse, a nuestro juicio, a elemento decisivo de nuestro problema.

Tampoco tiene esa decisiva consistencia el razonamiento de que en las previsiones del legislador, al establecer la tasa de interés moratorio, ya se contemplaba o subsumía en la misma la tasa de depreciación. Tal vez, por lo que más adelante se dirá, pero en general y referido a la solución originaria de nuestro Código, no deja de ser una indemostrada presunción sobre la *voluntas legislatoris*, prescindiendo de que ésta no es un canon hermenéutico cerrado de la interpretación de la ley.

A nuestro modo de ver, el argumento principio en contra de la admisión del daño de la devaluación monetaria, tal como en sentido estricto nosotros hemos acotado, se encuentra en la actual estructuración legal del interés moratorio, tras la Ley de 29 de junio de 1984. Como ha sido observado, con ruptura del sistema tradicional de disponer el tipo legal de dicho interés de manera fija, se ha optado por una manera variable, autorizando al Banco de España y a las Cortes Generales a determinarlo, de acuerdo con la coyuntura económica y por razones de política económica

o social. El confesado propósito de esta reforma (de acuerdo con el preámbulo de la precitada ley) es evitar los reiterados incumplimientos de las deudas dinerarias por parte de los obligados, que especulan con una tasa baja de interés moratorio, difiriendo el cumplimiento y colocando de modo remuneratorio más generoso la suma debida; y al tiempo se pretende acabar con las (posiblemente) indeseadas consecuencias de la fijación rígida del interés legal, adaptándolo a las cambiantes circunstancias de la vida social, dando un trato uniforme e igualitario a toda deuda de dinero, ya sea pública o privada, y a deudores y acreedores, ya sean poderosos o menos poderosos.

Aún refuerza más la perspectiva nueva que introduce en el asunto la Ley de 29 de junio de 1984 el texto reformado del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reforma, por cierto, casi coincidente en el tiempo con aquella ley. En efecto, dicha norma establece en su párrafo tercero el devengo en favor del acreedor, desde el instante en que se dicte una resolución de primera instancia que condene al pago de una cantidad líquida hasta que sea totalmente ejecutada, un interés anual igual al interés legal del dinero *incrementado en dos puntos*, siempre, claro es, salvo pacto de las partes, o disposición especial. Si al mismo tiempo que se intenta adecuar el interés legal por razón de la mora en las obligaciones pecuniarias a un índice variable, y reflejo de la deriva económica del país, al menos en términos generales, se incrementa en la fase de ejecución de las sentencias en dos puntos ese interés, con evidente intención de reparar el quebranto que la duración de dicha fase comporta al acreedor, sumamos un argumento más a la tesis de que nuestro Ordenamiento calcula anticipadamente y *à forfait* el daño que el retraso causa en el incumplimiento de la obligación pecuniaria. Ciento es que, en rigor, el texto del artículo 921, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede considerarse decisivo, habida cuenta de que se refiere a sentencia de condena al pago de cantidad determinada y líquida, concepto que comprende, desde luego, más supuestos que los derivados de la exigencia judicial de una obligación pecuniaria; pero aparte del hecho de que este caso será, de largo, el más frecuente en caso de una tal condena, en dicha fase de ejecución estamos ya, cualquiera que haya sido la causa de pedir, ante una obligación pecuniaria. Ante este dato, no parece que en la economía de nuestro Ordenamiento el legislador haya considerado una posibilidad de mayor daño en todo incumplimiento de obligación pecuniaria más allá de la tasa de interés fijada legalmente.

Si todo esto es así, como parece, recuperan, por otra vía, vigor objeciones que antes hemos rechazado, y cobran fuerza argumentos tales como la contemplación dentro del interés moratorio, y como partida de éste, del daño de la depreciación, y la necesaria

contemplación igualitaria de todo acreedor y todo deudor, restaurando, ahora sin menoscabo de la justicia, razones de seguridad del tráfico, esenciales en la liquidación de los daños de las deudas pecuniarias, cuya certeza puede ser vital para el adecuado desenvolvimiento de economías desarrolladas, donde la obligación dineraria asume un papel determinante. No deja de ser significativo que, cuando se plantea el problema del daño de la depreciación monetaria, en los Ordenamientos donde, de manera inequívoca, se puede exigir el mayor daño, y no se ve obstáculo en el principio nominalista, al ver los problemas de identificación y prueba de aquel daño, se acabe por proponer un sistema que reconduce a la tasa básica de descuento. Obsérvese que ello significa que los daños y perjuicios en la mora de las obligaciones pecuniarias entran dentro del ámbito del principio nominalista; pero no, desde luego, como resultado de una apriorística formulación del mismo como regla general que en nada, como queda dicho, es consustancial al incumplimiento de la obligación, sino por la vía de un mandato legislativo que excluye a la obligación resarcitoria, en el caso en estudio, de su sede propia, las deudas de valor, para convertirla en una obligación de suma.

7. En conclusión, para oponerse a la integración de la depreciación monetaria en el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la *mora debitoris*, no parecen argumentos decisivos ni una supuesta, y siempre discutible, regla de la no exigencia del mayor daño; ni el principio nominalista, como regla general pensado para la fisiología de la relación obligatoria; como no es argumento a favor, un principio de resarcimiento integral, cuya formulación en abstracto tal vez no sea discutible, pero que deja siempre en pie qué se ha de entender por integralidad del resarcimiento. Más sólido razonar lo compone la necesidad de seguridad en la liquidación de obligaciones tan singulares en su estructura y tan importantes en la vida del tráfico como las pecuniarias, y más con los imperativos de justicia salvaguardados por la actual determinación del interés legal.

Empero, la cuestión podría reabrirse si tal determinación no resultara adecuada a las necesidades del tráfico, y de manera indirecta se reprodujeran las situaciones que la tasa fija, y baja, ocasionaban; aunque es cierto que, con el sistema de la tasa variable, el peligro de tales situaciones puede ser más fácilmente conjurado. No obstante, una mayor clarificación legal ayudaría a sacar este tema de indefiniciones que pueden comportar riesgos; y no se permanecería (al menos en esta cuestión) en ese mundo de coyuntura en el que parecen condenadas a moverse las obligaciones que tienen por objeto, fascinante y tormentoso (y se habla, ahora, sólo desde el rincón de los juristas), el dinero.

Indicaciones bibliográficas y de jurisprudencia

0. A pesar de que, en una terminología más pura, cabría distinguir entre la *devaluación*, como fenómeno legal, ligado a una decisión de la autoridad monetaria, y la *depreciación*, fenómeno económico, provocado por la deriva de la economía, se ha preferido, por ser usual en la práctica y en la doctrina, y carecer de significado para el estudio que se ha realizado, emplear indistintamente ambos términos. Con ello no se quiere decir que la devaluación (acordada imperativamente desde los Poderes Públicos) no pueda arrojar una propia problemática en las relaciones obligatorias; se entiende que se la trata en lo que de común tiene con la depreciación para las obligaciones pecuniarias, es decir, su eficiencia para causar el daño de la pérdida de poder adquisitivo del dinero.

1. Panorámicas generales sobre la incidencia de la devaluación monetaria en las relaciones jurídico-privadas, especialmente en el campo de las obligaciones: BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981, pp. 397 ss.; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, 1993, pp. 260 y ss.; MOSCO, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948; LOJACONO, *Aspetti privatistici del fenomeno monetario*, Milano, 1955; QUADRI, *Questioni giuridiche sulla inflazione*, Bari, 1981, *passim*; CARLI-CAPRIGLIONE, *Inflazione e ordinamento giuridico*, Milano, 1981, *passim*; *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée. Etudes de droit privée*, obra colectiva dirigida por DURAND, Paris, 1961; SAVATIER, *Dépréciation monétaire et vie juridique des contrats*, Foro italiano, 1972, V, pp. 57 ss.; CARBONNIER, *Droit civil*, III, Paris, 1975, pp. 16 ss.; WEBER en *Staudingers Kommentar zum BGB*, II, 1, a, Berlin, 1967 *sub* parágrafo 244 y ss.; VON MAYDELL, *Münchener Kommentar zum BGB*, II, München, 1979, *sub* parágrafo 244 y ss.; ESSER, *Schuldrecht*, I, Karlsruhe, 1975, pp. 131 y ss.; KÖTZ y REICHERT-FACILIDES, *Inflationsbewältigung im Zivil- und Arbeitrechts*, Frankfurt, 1976; HIRSCHBERG, *The impact of inflation and devaluation on Private Legal Obligations*, Ramat-Gan (Israel), 1976; MANN, *The legal aspect of money*, Oxford, 1992, pp. 108 ss. Para los aspectos históricos son esenciales, desde el punto de vista jurídico, ASCARELLI, «Premesse di storia dogmatica alla teoria giuridica della moneta», en *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, 1952 (originalmente en *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928), pp. 3 y ss.; GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, 1960, *passim*, pero especialmente interesante para el civilista la poderosa visión de conjunto contenida en las pp. 1 a 43.

2. Como se indica en el texto, la literatura sobre las obligaciones pecuniarias está tan íntimamente ligada a la teoría jurídica del dinero que casi todas las obras sobre ésta (que comprende otros aspectos, y no sólo el de las relaciones crediticias) incluyen un tratamiento pormenorizado de aquellas obligaciones; por otro lado, la recíproca es también cierta: los tratamientos sobre las obligaciones pecuniarias contienen, casi de manera inexcusable, una referencia importante a la teoría jurídica del dinero. No es fácil dar una indicación bibliográfica esencial, por la cantidad y calidad de la literatura: el primer tratamiento jurídico moderno es de SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1851, pp. 403 ss. Hitos indiscutidos en tal bibliografía

son las siguientes obras: KNAPP, *Staatliche Theorie des Geldes*, Münchén, 1923; NUSSBAUM, *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*, Tubingen, 1925, traducido al español por Sancho SERAL con el título de *Teoría jurídica del dinero*, Madrid, 1929; del mismo autor, con notables enriquecimientos del tema, *Money in the Law, National and International*, Brooklyn, 1950; ASCARELLI, «*Obbligazioni pecuniarie*», en *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1959 (coronación de una larga dedicación al tema); y las citadas obras de CARBONNIER, *Droit civil*, III, Paris, 1975, pp. 16 y ss., y de MANN, *The legal aspect of money*, Oxford, 1992. En el Derecho español desciuelan las también citadas de BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981 (también fruto de la, sin duda, más intensa atención a la cuestión, en nuestra literatura) y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, 1993, pp. 260 y ss.; a ellas resulta inexcusable añadir las de GARRIGUES, «El dinero como objeto de la actividad bancaria», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1958, pp. 7 y ss., y de HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, pp. 171 y ss., que han permanecido durante años como los tratamientos canónicos en el tema; recientemente en el Derecho español un profundo estudio del tema ha sido realizado por PAZ ARES, al comentar el artículo 1.170 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, editado por el Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, pp. 200 y ss.

Toda la literatura citada resalta, de una manera u otra, la fuerte singularidad de las obligaciones pecuniarias, tanto desde el ángulo de su cumplimiento como desde el de su incumplimiento: con una muy específica referencia al tema, DI MAJO, «*Obbligazioni pecuniarie*», en *Encyclopedie del Diritto*, XXIX, 224-231. El conjunto de la aportación de DI MAJO (en el lugar citado, pp. 222 ss.) es también un magnífico estado de la cuestión, aunque para alguno se le pueda considerar lastrado por una excesiva carga ideológica, lo que, en realidad, no es fruto sino de hacer explícito lo que otros (de diverso signo) no hacen: y baste pensar en la ardiente defensa del valorismo (*id est*, el mercado) frente al nominalismo que hace SAVIGNY en la hace poco indicada obra.

3. En Derecho español, aparte de las referencias en obras generales y monográficas de más amplio objeto, hechas casi siempre con escasa profundización, e influencia tal vez excesiva de ASCARELLI (por otro lado, fácilmente explicable, dada su enorme autoridad), el único estudio monográfico dedicado en exclusiva a la mora en las obligaciones pecuniarias es el de BONET CORREA, «Indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias», en *Anuario de Derecho Civil*, 1979, pp. 371 y ss., y aún en él sólo se dedica una atención limitada a la cuestión de la incidencia de la depreciación monetaria en aquella indemnización. No obstante, se ha de resaltar, aunque se contenga en una obra general (lo que tampoco causa maravilla, habida cuenta de su básica significación en nuestra doctrina), la presentación del problema por DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., p. 272, aunque, como se deduce del texto, mantenemos alguna discrepancia.

4. Para la cuestión de la exigencia del mayor daño excedente el interés legal en las obligaciones pecuniarias, se envía al estudio de INZITARI, «*Interessi e maggior danno*», en el volumen sexto del *Trattato*

di *Diritto commerciale e Diritto pubblico dell'economia*, dirigido por GALGANO, Padova, 1983, pp. 221 y ss., con abundante literatura y atención al Derecho comparado, e interesantes datos, jurídicos y económicos, sobre la deriva legislativa del tema en diversos países. En relación con el Derecho español, el problema ha sido tratado con cierta extensión por RUIZ-RICO RUIZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XV-1.^o, Madrid, 1989, pp. 834 y ss., que llega a conclusiones (para el autor, claramente minoritarias) que no se comparten (más correcto sería decir que no se comparten los argumentos), pese a que mantenemos una sustancial identidad en un plano general de «política del Derecho»; bibliografía española y extranjera *ibid.* asimismo el comentario del artículo 1.108 del Código Civil, realizado por DÍEZ-PICAZO en *Comentario del Código Civil*, editado por el Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, pp. 63-64.

5. La literatura sobre el denominado principio nominalista es extraordinariamente vasta, y también difícil de seleccionar de manera esencial. Además de las obras generales ya citadas, que se ocupan con generosidad del tema (lo que se comprende sin demasiada fatiga, pues cabría sostener que en un sistema monetario moderno, lo que verdaderamente singulariza el tratamiento jurídico del dinero y de la obligación dineraria es precisamente la presencia del principio nominalista), unas (relativamente) recientes exposiciones orgánicas de dicho principio pueden verse en el volumen sexto del *Trattato di Diritto commerciale e Diritto pubblico dell'economia*, dirigido por GALGANO, Padova, 1983, citado, pp. 69 y ss., por INZITARI, y en el *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por RESCIGNO, 9, Torino, 1984, pp. 431 y ss., por QUADRI, con cuidada selección bibliográfica. Merece atención, en literatura en español, la aportación de HIRSCHBERG, «Los cimientos teóricos del principio nominalista», en *Revista de Derecho Privado*, 1982, pp. 447 y ss.

La posible exigencia del mayor daño viene considerada por algunos una derogación del principio nominalista (por ejemplo, MOSCO, *Gli effetti della svalutazione*, cit., p. 65) mientras que por otros (ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., pp. 441 ss.; BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, en *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, pp. 351-352; QUADRI, *Svalutazione monetaria e principio nominalistico*, en «Rivista di Diritto Civile», 1975, II, pp. 371 y ss.; AMATUCCI, «La prova del danno della svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie», en *Foro italiano*, 1979, I, pp. 1988-1989) no se afirma tanto el carácter de excepción o derogación, como de inaplicabilidad a las deudas de valor. La precisión se suele hacer para combatir la opinión que sostiene que el principio nominalista implica necesariamente la irrelevancia de las oscilaciones sobre el valor de la moneda cuando lo que supone de manera necesaria no es sino un determinado método de cálculo, con criterios prefijados, de la suma debida. Luego todo tipo de remedios contra la depreciación económica que apele a este método permanece dentro del ámbito del nominalismo; del nominalismo, porque valorismo en sentido estricto en una obligación pecuniaria sólo se daría con la aplicación continua en el tiempo de la fluctuación de valor a la suma originariamente *deducta in obligatione*. Ni que decir tiene que todo ello presupone la posible exigencia del mayor daño: cuando no sea así, y se calcule la indemnización con una tasa, legal o convencional, *à forfait*,

no hay inconveniente en decir que se permanece en el ámbito del principio nominalista, como afirmamos al final del texto.

6. El texto de la sentencia de 27 de noviembre de 1986 puede consultarse en la *Colección Legislativa*, noviembre 1986, pp. 1084 ss., sentencia número 706, ponente Serena Velloso. La afirmación de la falta de precisión y claridad exigida por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no deslindar debidamente la pretensión indemnizatoria por «la utópica ruina del actor», con «el quebranto residenciado en el valor del dinero», convive con una declaración de la vigencia como regla general de nuestro Ordenamiento del principio nominalista (fundamento de Derecho cuarto), lo que hace muy difícil (o al menos dudoso) considerar a esta última la *ratio decidendi* de la sentencia. La verdad es que la jurisprudencia existente es más bien restrictiva en orden a la concesión del daño de la depreciación monetaria. Pueden verse algunas muestras, expuestas por BONET CORREA, en su citado trabajo *La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias*, pp. 392-393. La verdad es que no se suelen encontrar sentencias del Tribunal Supremo en que se reclame como partida autónoma de la indemnización de daños y perjuicios moratorios la depreciación monetaria, y en consecuencia, el problema queda irresuelto. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1945 (*Colección Legislativa*, febrero de 1945, pp. 750 y ss., sentencia núm. 89, ponente De la Plaza) donde se dice (cuarto considerando) que «la depreciación brusca de la moneda constituye frecuentemente un caso de fuerza mayor que —salvo pacto que excluya sus inevitables consecuencias— soporta normalmente, con arreglo al criterio nominalista quien tiene derecho a ser indemnizado, salvo el supuesto de que el Poder Público, con abstracción del contrato y movido por razones que miran al público interés, haga frente con disposiciones de emergencia a situaciones que no pudieron preverse, o que, previstas, no hubo medio de evitar», es difícil considerarla un precedente válido como tal, si se repara en las extraordinarias circunstancias del caso: guerra civil con coexistencia en el país de dos sistemas monetarios, aplicación de la llamada Ley de Desbloqueo.

7. Como se expone en el texto, ha sido considerado generalmente como daño de la depreciación monetaria el concretamente causado por la no disponibilidad de la suma a un determinado acreedor. En esta conceptualización, han influido extraordinariamente las opiniones de ASCARELLI (*op. cit.*, pp. 556 y ss.) y NICOLÒ (*Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, en *Foro italiano*, 1944-1946, IV, pp. 41 y ss.) que encontraron ecos más recientes (QUADRI, «Danno e risarcimento nelle obbligazioni pecuniarie», en *Giurisprudenza italiana*, 1979, I, 1, pp. 971 y ss.). Como es obvio, no se repiten las consideraciones ya efectuadas en contra de tal forma de ver las cosas. En la doctrina italiana, el giro fue determinado por la reacción frente a la adopción de tal solución por la sentencia de la *Corte di Cassazione* (Secciones civiles unidas) de 4 julio 1979. Según este pronunciamiento, en caso de incumplimiento de obligación pecuniaria la devaluación monetaria verificada durante la mora del deudor no justifica un resarcimiento automático en la medida de la misma devaluación, sino un resarcimiento ajustado al efectivo perjuicio patrimonial del acreedor en relación con el empleo que él habría hecho presumiblemente del dinero,

en el caso de que lo hubiese recibido tempestivamente, según un criterio personalizado de normalidad; para la determinación de ello son utilizables todos los medios de prueba, incluidos el hecho notorio aprehendido a través de la experiencia común y las presunciones fundadas en las condiciones y cualidades personales del acreedor. A la vista de esta doctrina jurisprudencial se manifestaron, con no poca intensidad, discrepancias, que comenzaron centrándose en la cuestión de la prueba del daño, a la que se consideraba desprovista de toda certeza, violadora del principio de igualdad, protectora de los intereses de los más poderosos, y abocadora a juzgar finalmente con vagos criterios de equidad; pero de esta crítica en materia de prueba ha terminado derivándose una más acusada delimitación del daño de la depreciación monetaria como daño *in re ipsa* y no vinculado a concretas posibilidades de empleo, clarificando cuestiones como las atinentes al nexo causal y a la configuración de la obligación de resarcimiento como deuda de valor. Sin embargo, la casación italiana no ha cambiado de criterio, y la doctrina científica no es pacífica, no estando aún apagada la polémica. Referencias bibliográficas significativas: DI MAJO, *Svalutazione monetaria e risarcimento del danno (un passo avanti e due indietro...)*, en *Giustizia civile*, 1983, pp. 770 y ss.; AMATUCCI, *La prova del danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie*, cit.; BIANCA, *Il danno della svalutazione monetaria*, en *Giurisprudenza italiana*, 1979, IV, pp. 129 y ss.; QUADRI, *Danno e risarcimento*, cit.; TRIMARCHI (Pietro), «Il danno da svalutazione monetaria nell' inadempimento di obbligazioni pecuniarie», en *Studi in onore di Cesare Grassetto*, Milano, 1980, III, pp. 1873 y ss.; TRIMARCHI (Mario), *Svalutazione monetaria e ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie*, Milano, 1983.

NEGOCIOS JURÍDICOS DE DISPOSICIÓN SOBRE LOS DERECHOS AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN

LUIS-HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

El origen del presente estudio es la Ponencia presentada en Madrid el pasado día 2 de diciembre de 1993 dentro del curso «Honor, intimidad y propia imagen», perteneciente al Plan Estatal de Formación de Jueces y Magistrados para 1993 organizado por el Consejo General del Poder Judicial, al que tanto agradezco su amable invitación. He añadido, en el Anuario, algunas nuevas notas al texto original.

SUMARIO: I. PREÁMBULO.—II. HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN: CONSIDERACIONES GENERALES.—III. LOS DERECHOS AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES.—IV. LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DE DISPOSICIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES.—V. RÉGIMEN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DE DISPOSICIÓN: A) Introducción. B) El contrato. C) El acto unilateral *inter vivos* sin contenido patrimonial. D) El acto unilateral *inter vivos* de la Ley Orgánica 1/1982. E) El acto *mortis causa*. VI. CONCLUSIONES.

I. PREÁMBULO

El título del presente estudio orienta al lector acerca del campo en el que va a caminar, pero no formula exactamente la materia que pretende abordar en él, sencillamente porque en las líneas que siguen haré lo que con frecuencia hago cuando hablo o es-

cribo: parte de formulaciones clásicas y convencionales, acuñadas en la doctrina, con la finalidad de revisarlas e, intentando en cierta medida corregirlas, encontrar perspectivas para resolver mejor los problemas tradicionalmente suscitados u otros que se mantenían escondidos quizá por plantear inadecuadamente aquéllos. Si el lector relee el mencionado título de este trabajo, creerá que voy a contarle lo que decenas de veces ha oído o leído: tras definir los derechos al honor, la intimidad o la propia imagen y recordar que son derechos de la personalidad y derechos fundamentales, esperará que le recuerde que de ello deriva su indisponibilidad e irrenunciabilidad, lo que me conducirá al objeto nuclear de la investigación, que no es sino el campo de las excepciones a las mencionadas indisponibilidad e irrenunciabilidad, excepciones que consisten en que, bajo ciertas condiciones, una persona puede permitir a otras la intromisión en la intimidad o el uso o la captación de la imagen a través de diversos tipos de negocios jurídicos, cuyo régimen se analizará, suscitándose asimismo la posibilidad de concebir tales actos de consentimiento de la intromisión o de la inmisión no como renuncia parcial de esos derechos sino como ejercicio de su contenido positivo. Pues bien, si el lector cree eso, acertará en gran medida, pero no del todo, pues, en la búsqueda del objeto de estos posibles negocios, al distinguir diversas hipótesis y a la vista de la legislación vigente, me he visto impelido a considerar aisladamente facultades que generalmente se reputan unidas en un solo derecho fundamental, detectando poderes jurídicos que, separados de otros, no merecen el rango de derechos fundamentales, pues seguramente el constituyente de 1978 no pensó en ellos al redactar los arts. 14 y ss. de la Constitución: ello implica una interpretación matizada de algunos de estos artículos de nuestra Ley Fundamental, interpretación que me conduce a descomponer figuras que vienen reputándose como bloques compactos de efectos: nacido el derecho subjetivo como técnica de unificación de facultades con el objeto de simplificar y clarificar las formulaciones normativas, asistimos necesariamente a su desintegración en aras de una atenta observación de la intención del legislador y de su preciso alcance: cuando el aludido constituyente de 1978 decidió subsumir el honor, la intimidad y la propia imagen dentro de los denominados derechos fundamentales (arts. 18 y 20 de la Constitución) atribuyéndoles la protección reforzada del art. 53, núm. 2, de dicho cuerpo legal, ¿quiso que cualquier facultad relacionada con esa esfera jurídica gozase de tal protección reforzada? ¿Es verdad que, si comercio con mi imagen o vendo mis memorias a una revista, convierto un derecho fundamental del art. 18 de la Constitución en objeto de un contrato *ex arts. 1.271 y ss. del Código Civil*, protegiéndome de cualquier incumplimiento contractual mediante la artillería del núm. 2 del art. 53 de la Ley Fundamental para hacer valer a mi favor los

arts. 1.100 y ss. del Código Civil? Parece que una cierta inercia neoconceptualista mueve a los autores que hoy se ocupan de estas materias a colgar en la percha de los derechos fundamentales objetos que sólo tienen la forma de prendas de vestir, pero que no son prendas de vestir y cuya ubicación tal vez debe ser distinta.

Advertido esto, adelanto que en el presente estudio, tras definir y delimitar los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y pronunciarme sobre su tipificación legal, su condición de derechos subjetivos y el sentido y alcance de su consideración como derechos fundamentales, abordo el significado y el régimen de los negocios jurídicos que recaen sobre poderes o facultades relacionados con tales proyecciones de la personalidad atendiendo al Ordenamiento positivo vigente y a los principios que de él cabe inferir, procurando situar las soluciones dentro de un sistema lo más flexible que sea posible pero que sirva para hacerme entender aceptablemente.

II. HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN: CONSIDERACIONES GENERALES

El honor, la intimidad y la propia imagen son reputados tradicionalmente derechos de la personalidad; concretamente se trata de aquellos derechos de la personalidad que recaen sobre la esfera moral, por oposición a otros derechos de la personalidad que, como la vida o la integridad física, recaen sobre la esfera corporal: de estos últimos no trataré en la presente investigación, pues presentan características propias, diversas de las de aquéllos, lo que no excluye la posibilidad de aplicar al honor, la intimidad o la imagen soluciones que la doctrina ha propuesto para negocios jurídicos válidos que generan riesgos para la vida, la salud o la seguridad. La expresión «derechos de la personalidad» ha sido generalmente utilizada por la doctrina más que por las leyes; y en España era antes de la vigente Constitución una figura genérica en la que la doctrina subsumía determinados poderes jurídicos (los mencionados, y los relativos a la esfera física, entre otros) caracterizados por ciertas notas, siendo las restricciones a la disponibilidad la más representativa de ellas; en la Constitución se les confirió, junto a otros derechos y facultades, el rango de derechos fundamentales (arts. 14, 15 y ss., y 53, núm. 2), lo que comenzó a diluir la figura de los derechos de la personalidad como tal, calificación que hoy, a la vista de nuestro actual Derecho positivo, no implica efectos propios nítidamente delimitados ni explica especificidades de régimen, lo que me aconseja pasar directamente a definir —sintética e instrumentalmente, desde luego— honor, intimidad y propia imagen a la vista de nuestro Ordenamiento y a precisar algunas de sus características para comprenderlos mejor, sin más esfuerzos clasificatorios.

Honor, intimidad y propia imagen, al ser proyecciones de la personalidad, representan bienes de gran importancia cuya lesión por persona ajena provoca graves conflictos que el Derecho debe resolver afinando al máximo sus soluciones en el modo y en el contenido. Del honor —más concebido como dignidad asumible por cualquier persona que como cualidad de determinadas clases sociales privilegiadas¹— suelen los autores proponer un concepto objetivo y otro subjetivo: escribe, al respecto, Pablo Salvador Coderc, sobre lo que él llama concepto factual objetivo: «... Cabe partir de un concepto factual del honor, de buena reputación: se tiene la que *efectivamente* se tiene, la que se ha ganado o la que se ha conseguido aparentar, ni más ni menos»². Y dice sobre el concepto factual subjetivo: «... hay un concepto *subjetivo y psicológico* de honor como *propia estimación*, como *autoestima*»³. No obstante, afirma el mismo autor, un poco más adelante, que «... el Tribunal Supremo utiliza una distinción originariamente fecunda y que podría permitir el desarrollo de un concepto sociológico y otro psicológico de honor para armar un aparato escolástico de distinciones que luego se aplica a favor en contra, según convenga en función de consideraciones de justicia material y de manera, tal vez, sólo retórica»⁴. Opinión que no impide al mismo autor reconocer casi seguidamente que, si bien alguna sentencia del Tribunal Supremo configura un honor «*subjetivo*», «... lo más frecuente es que el Tribunal trabaje con un concepto normativo e ideal de honor⁵, derecho derivado de la dignidad humana»⁶. Yo pienso que la protección de la personalidad humana, necesitada de proyección jurídica en cuanto que, de hecho, puede ser dañada por la maledicencia, la injuria, la calumnia, la difamación o el ultraje, es lo que hemos denominado honor en sentido objetivo, cuya medicina característica es la reparación *in natura*, consistente en la rectificación o la réplica, siendo lo que hemos llamado honor en sentido subjetivo algo cuya lesión constituye daño moral, dolor psíquico, daño y dolor que sólo son consecuencia —pero no el perjuicio principal— en el caso del ataque al honor en su acepción objetiva; aclaro que, a mi juicio, dicha concepción

¹ DE LA VALGOMA, «Comentario a la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen», *Anuario de Derechos Humanos*, 2, Madrid, marzo, 1983, pp. 647 y ss., concr. p. 661. En sentido similar, ESTRADA, *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Madrid, 1986, pp. 46 y 70. En contra, GONZÁLEZ PÉREZ, *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Madrid, 1993, pp. 30 y ss.

² SALVADOR, en SALVADOR y OTROS, *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990, p. 56.

³ SALVADOR, *ob. cit.*, p. 57.

⁴ SALVADOR, *ob. cit.*, pp. 63-64.

⁵ SALVADOR, *ob. cit.*, p. 65.

⁶ SALVADOR, *ob. cit.*, p. 65.

objetiva del honor no pugna con la vinculación de ese concepto al de dignidad. Este honor en sentido objetivo (que es el que propugno) resulta delimitado, más que por la ley, por convicciones y usos sociales, como claramente ha señalado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, muy nítidamente en la núm. 185/1989, de 13 de noviembre, cuyo Fundamento Jurídico 4.º, entre otras cosas, dice: «... El contenido del derecho al honor que la Constitución garantiza como derecho fundamental en su art. 18, apartado 1, es, sin duda, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento..., es un derecho respecto al cual las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no lesión.» Por otra parte, el honor propiamente dicho no debe ser confundido con el prestigio profesional: tras una jurisprudencia del Tribunal Supremo oscilante entre las llamadas tesis monista y dualista, parece consolidarse la convicción de que honor y prestigio no son lo mismo, pero que puede suceder que un ataque al prestigio profesional implique o represente también un ataque al honor: destaco en tal sentido el Fundamento Jurídico 3.º de la sentencia núm. 40/1992, de 30 de marzo, del Tribunal Constitucional (comentada admirablemente por Salvador)⁷, lo que implica realmente la tesis dualista correctamente entendida, tesis expuesta precedentemente, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1990 (Fundamento Jurídico 2.º), espléndidamente comentada por Casas Valles⁸, para quien honor y prestigio profesional no son lo mismo, pero a veces la lesión de uno constituye la del otro. Acerca de la delimitación del honor por actos del mismo titular me pronunciaré luego. De la intimidad cabe decir, inspirándonos, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989 (Fundamento Jurídico 2.º), que es el derecho que cada uno tiene a que se respete su esfera privada, garantizándosele la inviolabilidad de su vida particular mediante la represión de la intromisión y de la publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos. Escribe Igartua que «... en su formulación tradicional el concepto de intimidad es un concepto descriptivo... (entrando en él)... determinadas informaciones o hechos relacionados con la familia, la salud, los hábitos (o) la forma de vida»⁹, si bien sugiere, en

⁷ SALVADOR, «Comentario a la Sentencia del TC 40/1992, de 30 de marzo», *CCJC*, tomo 30, núm. 784, pp. 763 y ss., concr. pp. 787-789.

⁸ CASAS VALLES, «Comentario a la Sentencia del TS de 9 de febrero de 1990», *CCJC*, tomo 23, núm. 595, pp. 443 y ss., concr. pp. 452 y ss.

⁹ IGARTUA, «Comentario a la Sentencia del TS de 20 de febrero de 1989», *CCJC*, tomo 19, núm. 508, pp. 263 y ss., concr. p. 275.

línea con reciente doctrina norteamericana, la viabilidad de una concepción diversa según la cual este derecho no cumpla la función específica de amparar lo secreto, sino que sea una forma más de asegurar el adecuado juego de las relaciones sociales y el respeto social mutuo¹⁰. No abordo en esta sede, meramente introductoria y conceptualizadora, el problema de la tipificación de la intimidad, haciéndome eco, no obstante, en estas líneas, de la tesis contraria a dicha tipificación mantenida por Rojo Ajuria¹¹ en contra de una opinión mía anterior favorable a que la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, si la había producido¹²: si debo advertir, sin embargo, que, prescindiendo del tratamiento de los problemas inherentes al concepto de tipificación (sobre todo si aplicamos el concepto a derechos y no a negocios jurídicos), el poder jurídico conferido por la ley española a la protección de la esfera privada contiene ya, *de iure condito*, facultades suficientes para plantear el problema de la posibilidad de actos transmisivos atinentes a aspectos de ella, siéndome indiferente, en ese sentido, si tales facultades son privativas de la intimidad o comunes con el honor y la propia imagen. Señalo ya que esto que afirmo de la intimidad y que trata Rojo sólo respecto de ella me parece igualmente aplicable al honor y a la propia imagen. Respecto de esta última debo decir que también sobre ella recae un derecho, que, como escribe Gitrama mucho antes de la vigencia de la Constitución de 1978 y de la Ley Orgánica de 1982, «... aparece... ante la posibilidad de una inconsentida publicidad o difusión de la fotografía de una persona —titular de aquel derecho— por los demás miembros de la sociedad»¹³, texto perfectamente asumible en el presente y que nos revela que nos hallamos ante un poder que consiste en la facultad de decidir acerca de la publicación de nuestra imagen, atribuyéndonos la ley la posibilidad de oponernos a dicha publicación, de consentirla, así como de exigir reparación en el supuesto de difusión no autorizada. Sobre las facultades que pueden hallarse comprendidas en este molde y de la posible diversidad de su tratamiento jurídico hablaremos más adelante; apunto, no obstante, ahora que creo que el derecho a la propia imagen constituye una figura diversa del derecho a la intimidad o del derecho al honor, aunque quepa lesionar éste o quizás aquél mediante la publicación de la imagen ajena: yo no tengo derecho a exhibir —por ejemplo, mediante fotografía, pintura o caricatura— rasgos

¹⁰ IGARTUA, *ob. cit.*, p. 277.

¹¹ ROJO AJURIA, «La tutela civil del derecho a la intimidad», *ADC*, 1986, I, pp. 133 y ss., concr. p. 140.

¹² CLAVERÍA, «Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo», *ADC*, 1983, IV, pp. 1243 y ss., concr. p. 1257.

¹³ GITRAMA, voz «Imagen (derecho a la propia)», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XI, Barcelona, 1962, pp. 300 y ss., concr. p. 319.

identificadores y característicos de una persona sin su anuencia o sin causa de justificación aunque tal exhibición no conlleve ultraje ni ofensa ni aunque no implique revelación de datos o hechos de su esfera privada.

Acerca de si los denominados derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen son o no verdaderos derechos subjetivos, ya me pronuncié hace años a favor de la solución afirmativa, apoyándome preferentemente en la existencia de facultades conferidas por la ley a la persona protegida encaminadas a evitar o interrumpir la agresión: en efecto, frente a las tesis según las cuales no cabe hablar de tales poderes como verdaderos derechos subjetivos en cuanto que la protección de esos intereses se resume en la indemnización del daño, sostuve que «... el interés por el honor o por la intimidad no viene protegido sólo a través de la sanción penal o administrativa impuesta a su violación, ni sólo a través de la responsabilidad civil extracontractual derivada de ésta, sino también mediante la concesión de facultades (instrumentales) a quienes la ley pretende proteger encaminadas a prevenir, paliar, interrumpir o repeler las agresiones a tales intereses»¹⁴, siendo, entre otros preceptos, el art. 9 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 especialmente ilustrativo en ese sentido (sin olvidar hoy la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación). Recuerdo, no obstante, que advertía que quizá habría que superar la figura del derecho subjetivo para describir estas posiciones jurídicas a causa de las restricciones que recibían los actos de disposición sobre ellas: derechos subjetivos como mínimo, pero tal vez algo más: «... Derecho subjetivo —escribía—... u otra figura más compleja y rica, protectora efectiva del titular, que le permita ejercitar, pero no renunciar, incluso que le obligue»¹⁵. Sirvan estas breves consideraciones, relativas al derecho subjetivo, para describir mejor las figuras en cuestión, evitando extenderme más en ello por no ser necesario para el objetivo nuclear del presente estudio.

Por último, para conocer el ámbito de los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen, perfilando así más correctamente su concepto, conviene hacer referencia somera (este punto no es el objeto del trabajo que ahora realizo) a la (censurable) delimitación operada en el núm. 1 del art. 2 de la Ley Orgánica de

¹⁴ CLAVERÍA, *ob. cit.*, p. 1259. *Vid.* también mi estudio «Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad», *Libro-Homenaje al Prof. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, pp. 101 y ss., concr. pp. 108 y ss.

¹⁵ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, *cit.*, p. 1261; *Notas...*, *cit.*, p. 115. Véase, también, sobre el tema, ROGEL, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985, pp. 41 y ss: este autor prefiere hablar de «bienes» más que de «derechos», aunque reconoce que, respecto de algunos de tales bienes, puede hablarse de verdaderos derechos subjetivos, si bien de características especiales (p. 42).

1982; este precepto dice: «La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.» Hace diez años me ocupé de criticar y de interpretar este desafortunado texto legal¹⁶, limitándome ahora sólo a recordar que ha debido ser precisamente la presente Ley Orgánica de 1982 la que delimitase la protección de estos derechos y no referirse a otras leyes, ni a usos sociales ni a la conducta de las personas. No debió la Ley de 1982 referirse a otras leyes porque, si éstas no son orgánicas, la norma infringiría el art. 81, núm. 1, de la Constitución; y, si lo son, ¿para qué se hizo una ley que necesitase la compañía de otras de igual rango? No debió referirse a los usos sociales, que podían ser desigualitarios entre españoles, provocándose efectos prohibidos por la Constitución (arts. 9 y 14, especialmente). Y, sobre todo, no debió permitir que cada persona delimitase, con sus hábitos, su conducta o sus manifestaciones de voluntad, el ámbito protegido de su esfera personal porque ello podría provocar que los derechos en cuestión deviniesen renunciables de modo definitivo e indiscriminado, vaciando de contenido real las declaraciones del art. 1, núm. 3, inciso 1.^º, y desproveyendo de sentido las exigencias de los número 2 y 3 del art. 2¹⁷. Ante ello propuse entonces¹⁸ y repito ahora más sintéticamente que, mientras que no se produzca la deseable supresión de este precepto, no cabe más remedio que suavizar al máximo sus efectos mediante una interpretación restrictiva con objeto de evitar la frustración de los fines de la Ley o consecuencias aún peores; la referencia a las leyes se entenderá hecha sólo a las orgánicas; la referencia a los usos se entenderá hecha sólo a aquéllos que no conlleven consecuencias no queridas por el constituyente y la referencia a la conducta anterior de la persona deberá interpretarse como mera pauta hermenéutica complementaria (por ejemplo, a la hora de medir la intensidad del daño moral con vistas a una cuantificación de la indemnización), pero nunca como modo de renuncia irreversible y genérica a la protección legal.

III. LOS DERECHOS AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, derechos de la personalidad atinentes a la esfera moral o espiritual,

¹⁶ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit., pp. 1249-1252.

¹⁷ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit., p. 1251.

¹⁸ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit., pp. 1251-1252.

al aparecer la Constitución devienen derechos fundamentales junto a otras facultades y posiciones jurídicas, señaladamente los derechos de la personalidad atinentes a la esfera corporal y las denominadas libertades públicas, muy probablemente porque tales facultades y posiciones merecen, según el constituyente, protección preferente por responder a valores que éste reputaba preponderantes. La calificación de estos derechos como fundamentales implica y significa que reciben la protección cualificada establecida en el núm. 2 del art. 53 de la Constitución: recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y tutela a través de procedimiento preferente y sumario ante Tribunal ordinario; como es sabido, el recurso de amparo es regulado en los arts. 41 y ss. de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; y el procedimiento citado ante Tribunal ordinario, en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona ampliada en cuanto a su ámbito por el Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero, confirmado por lo dispuesto en el núm. 2 de la disposición transitoria 2.^a de la mencionada Ley 2/1979, del Tribunal Constitucional. Por tanto, la calificación de un determinado derecho como fundamental no es una declaración retórica, sino una determinación de especiales efectos. Ello significa que el tratamiento jurídico de estas posiciones es singular, no debiendo, por ello, excluirse que el régimen de los actos de disposición y transmisión de poderes que guarden relación con esos derechos posea notas propias, limitaciones a la renunciabilidad o a la transmisibilidad, etc.: de esto se tratará en el apartado siguiente.

En cuanto que nos hallamos ante derechos fundamentales y que aludimos a relaciones entre particulares, parece ineludible plantear el problema de la llamada *Drittewirkung*, esto es, eficacia de estos derechos *inter privatos*: aclaro que tiene sentido suscitar dicho tema en el presente estudio porque tanto éste como la problemática de la *Drittewirkung* se refieren —al menos en la medida y en el sentido que luego se describirán— al juego de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones entre particulares; y porque cabe, *en principio*, agredir o lesionar uno de esos derechos (la intimidad, por ejemplo) precisamente en el seno de un contrato relativo a ellos: piénsese en que un contratante viola la intimidad de una persona al transgredir el contrato que celebró con ella revelando lo que tal negocio jurídico no permitía revelar. De todos modos, creo que las consideraciones relativas a la *Drittewirkung* que se hagan en el presente trabajo poco nos ilustrarán respecto del objeto nuclear de éste, lo que me aconseja no abordar con detenimiento este interesante asunto de la eficacia *inter privatos*: tiene, en efecto, especial interés la *Drittewirkung* respecto de algunos derechos fundamentales y libertades públicas que no habían sido reputados anteriormente derechos de la personalidad y que

se concibieron originariamente —desde muchos años antes de nuestra actual Constitución— como derechos frente al Estado: siendo sin duda oponibles ante éste, se dudaba acerca de si era oponible, por ejemplo, el principio de igualdad ante un particular que se negase a admitir mujeres, ateos o gitanos en una asociación: con relación a tales derechos y libertades la doctrina se divide, aunque parece admitir aquella parte de la *Drittewirkung* que consiste en el recurso de amparo contra la sentencia del Juez ordinario que no tutele el derecho fundamental dañado por el particular, interpretando flexiblemente los arts. 41 y 44 de la Ley Orgánica 2/1979¹⁹; o la que consiste en reputar nulas por causa ilícita u otras razones las cláusulas contractuales o estatutarias inmotivada o vejatoriamente discriminatorias, aunque sea imposible impedir que un particular contrate o no contrate con quien quiera²⁰. Ahora bien, con relación a los derechos fundamentales que ahora nos ocupan (intimididad, honor, imagen), la *Drittewirkung* es casi segura: cabe amparo en las mismas condiciones antes expuestas frente a la resolución del Juez ordinario que no tutele el derecho dañado por un particular; y, además, cabe acudir a procedimiento preferente y sumario ante Juez ordinario tanto ante violación de ese derecho por parte de la Administración como ante violación por parte de particulares, contemplando precisamente la Ley 62/1978 procedimientos diversos según se trate de uno u otro agresor²¹. Lo que cabría suscitar como punto más du-

¹⁹ En este sentido, QUADRA-SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981, pp. 86 y ss., concr. pp. 99-100; y ALFARO, «Autonomía privada y derechos fundamentales», *ADC*, 1993, I, pp. 57 y ss., concr. pp. 80-81. En contra, entre otros, GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittewirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986, pp. 83-84. *Vid.* sobre el tema el interesante estudio de CRUZ VILLALÓN, *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Academia Sevillana del Notariado, Madrid, 1988, pp. 97 y ss., concr. 111-112.

²⁰ ALFARO, *ob. cit.*, pp. 93 y ss.; LÓPEZ AGUILAR, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid, 1990, pp. 73 y ss. *Vid.* también mi reciente «Comentario a los arts. 1.274 a 1.277 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Complilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1.^º-B, Edersa, Madrid, 1993, pp. 519 y ss., concr. p. 574.

²¹ Respecto de esos derechos fundamentales que se llaman honor, intimidad y propia imagen, creo que, si una sentencia pronunciada por un Juez ordinario, no sancionando la lesión a ellos producida por un particular, los desprotege, cabe amparo ante el Tribunal Constitucional, aunque naturalmente no quepa amparo directamente ante la lesión provocada por el particular, lesión ante la que sí cabe protección por el Tribunal ordinario por la vía igualmente ordinaria y por la sumaria y preferente de la Ley 62/1978: si a todo eso se le quiere llamar *Drittewirkung*, llámesele, pero poco nos afecta respecto de nuestras figuras, como dije. Por otra parte, anoto que me ha sorprendido que con frecuencia se cuestiona la existencia de *Drittewirkung* simplemente por cuestionarse la posibilidad de recurso de amparo, lo que implica olvidar el texto del núm. 2 del art. 53 de la Constitución y el mismo concepto de derecho fundamental.

doso es si, en caso de incumplimiento de un contrato por el que una persona haya dispuesto parcialmente de su intimidad o de su imagen consistiendo dicho incumplimiento en una intromisión no permitida ni por la ley ni por el clausulado de dicho contrato, sería posible utilizar los arts. 11 y ss. de la Ley 62/1978 contra el contratante incumplidor en el seno de las reclamaciones *ex arts.* 1.101 y ss. del Código Civil. De ello se tratará en el siguiente apartado.

IV. LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DE DISPOSICIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES

El problema nuclear del presente estudio consiste en la indagación y exposición de un régimen jurídico coherente y sistemático de los actos dispositivos sobre aspectos del honor, intimidad o propia imagen. Ello requiere, junto a las observaciones ya hechas, unas aclaraciones previas que seguidamente hago.

1.^a Es imprescindible, ante todo, al aludir a los negocios jurídicos relativos a estos aspectos, indicar al lector de qué se está hablando exactamente, pues las peculiaridades de los objetos tratados —esferas de la personalidad humana, nada menos— provocan perplejidad sobre todo por razones de lenguaje, acaeciendo también dudas sistemáticas: estos problemas de los actos dispositivos, ¿en qué apartado del tratamiento de los derechos de la personalidad encajan? En una primera aproximación podemos decir que los actos de disposición sobre los derechos de la personalidad en la esfera moral podrían ser concebidos:

a) Como causa de justificación de la intromisión, al mismo nivel que el interés público; es decir, según esta concepción, la intromisión contemplada en la ley como antijurídica deja de serlo cuando concurre interés público que sólo puede satisfacerse con dicha intromisión o cuando la persona afectada la consiente: este planteamiento, que late incluso en autorizadas obras atinentes a la materia²², me parece incorrecto en cuanto que coloca en un mismo plano lo que debe hallarse en dos diferentes: el Ordenamiento debe perfilar, en efecto, qué intromisiones o revelaciones admite y cuáles no y si la presencia de interés público convierte en legal lo que sin él no lo sería, pero siempre partiendo del supuesto de inexistencia de consentimiento del afectado; cuestión diversa es el supuesto de que tal consentimiento concurra, lo que

²² Por ejemplo, nada menos que en la espléndida obra *El mercado de las ideas*, citada, en textos de IGARTUA atinentes a la propia imagen (pp. 324 y ss.) y de SALVADOR atinentes a la intimidad (pp. 379 y ss.) No me parece demasiado rechazable esta opción en estos autorizados autores precisamente porque la construcción de la Ley 1/1982 la favorece. Es, además, muy común en la doctrina.

genera la necesidad de establecer un régimen destinado a ello: el consentimiento no es, a mi juicio, un elemento configurador del supuesto X (como sucede con el interés público), sino generador del supuesto Y, en cuanto que altera las bases del problema y provoca la necesidad de un régimen completo diferente. De todos modos dejo abierto el problema, pues en alguna de las obras en que se opta por esta concepción, a la vista de cómo se construye el consentimiento —simple anuencia a la intromisión—, no parece tan censurable esta opción.

b) Como excepción al régimen general de indisponibilidad e irrenunciabilidad de estos derechos: si bien tales derechos son, en principio, indisponibles, cabe una disposición parcial, eventual y concreta de estos bienes de la personalidad; entre muchos autores, yo mismo propuse esta concepción en 1983²³. Hoy repito esta tesis más incompleta que incorrecta: contiene parte de lo que ahora me parece exacto, pero precisa matizaciones, que luego haré.

c) Como ejercicio del contenido positivo del derecho de la personalidad²⁴. Tal vez cuando algún autor sostuvo esta tesis antes de que, habiéndose promulgado la Constitución de 1978, estos poderes fuesen derechos fundamentales, fuera aceptable, pues, como generalmente se afirma, disponer de un derecho es una de las maneras de ejercitarlo, en cuanto que la disposición es una de las facultades que real o potencialmente lo integran; o, con más motivo, cabe decir lo mismo si se dispone parcialmente de él, por ejemplo, transmitiendo temporalmente algunas de esas facultades. Hoy creo que tal construcción requiere objeciones, pues no siempre se dispone en estos negocios de que tratamos de un derecho fundamental: *rectius*, no parece que se trate de una disposición.

d) Como ejercicio de un derecho patrimonial —no fundamental— de explotación económica o comercial de la intimidad o la propia imagen²⁵, lo que no excluye que, además, quepa consentimiento de la intromisión en el derecho fundamental fuera del ámbito de dicha explotación comercial o económica al modo de la concepción 1.^a o de la 2.^a. De esta concepción se hablará luego detenidamente.

En el desarrollo de mi exposición me pronunciaré acerca de cuál es la concepción que ahora defiendo, adelantando ya que no coincide exactamente con ninguna de esas cuatro.

²³ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit., p. 1253.

²⁴ GITRAMA, *ob. cit.*, p. 338.

²⁵ Apunta la idea, que no se contradice con lo antes dicho a favor de la 1.^a concepción en cuanto que se refiere a poderes jurídicos diferentes, Fernando IGARTUA, en *El mercado de las ideas*, cit., pp. 322 y ss.; y en «Comentario a la Sentencia del TS de 28 de octubre de 1986», *CCJC*, tomo 12, núm. 323, pp. 4081 y ss., concr. pp. 4095 y ss., inspirándose en la jurisprudencia norteamericana.

2.^a Antes de la vigente Constitución y de la Ley Orgánica 1/1982 existía una tesis prácticamente unánime acerca de cómo instrumentar la disposición sobre aspectos de la intimidad o la propia imagen: si bien se trataba, como antes decía, de derechos en principio indisponibles, intransmisibles, imprescriptibles, etc., cabía disponer de aspectos o facetas de ellos —no de ellos del todo y definitivamente, claro está— a través de un contrato (atípico) dotado de un régimen propuesto por la doctrina, caracterizado por un indudable rigor en cuanto al contenido y al objeto (arts. 1.255, 1.271, 1.272 y 1.275 del Código Civil), al tiempo, a la extinción y a los contratantes (restricciones respecto de menores, etc.)²⁶. Tras la vigencia del texto constitucional, con la conversión de los derechos de la personalidad en derechos fundamentales, y, sobre todo, tras la vigencia de la Ley Orgánica de 1982 se produce una situación de perplejidad, pues dicha Ley no contempla el modelo del contrato, sino un acto unilateral (revocable) de consentimiento de la intromisión, modelo más concebido como excepción a la antijuridicidad de ésta que como técnica práctica para canalizar importantes actividades empresariales, sucediendo entonces lo que parece increíble, pues, además de no solucionar el legislador ningún problema, provocó problemas nuevos de cierta gravedad. En mi mencionado estudio publicado en el Anuario de Derecho Civil de 1983 (se trataba de un tomo especial dedicado al profesor De Castro)²⁷ me hice eco de esa perplejidad, habiendo provocado estas páginas más una considerable atención en la doctrina, atención que sinceramente atribuyo, más que a sus méritos, al hecho de que reflejan patentemente los inconvenientes del texto legal: en ellas, tras reproducir el núm. 3 del art. 1 y los números 2 y 3 del art. 2 de la Ley, aludo a los criterios de solución que la doctrina proponía antes de ella (fórmula del contrato antes expuesta), desembocando seguidamente en la situación provocada por los mencionados preceptos de 1982. Considero útil transcribir el largo texto siguiente: «... Frente a este cuadro de efectos (los de la fórmula del contrato que la doctrina había propuesto antes de 1982), la Ley... nos plantea otro diferente y, a mi juicio, más censurable. Tras determinar la indisponibilidad de estos derechos como principio general y declarar la nulidad de la renuncia a la protección en ella prevista, alude a la posibilidad de que el titular, mediante acto expreso, disponga de aspectos de tales derechos, pudiendo revocar posteriormente dicha autorización. Obsérvese

²⁶ GITRAMA, *ob. cit.*, pp. 338 y ss.; DE ÁNGEL, «La protección de la personalidad en el Derecho privado», *RDNot*, enero-marzo 1974, pp. 7 y ss., concr. p. 133; BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976, pp. 103 y ss.

²⁷ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit., pp. 1252-1256.

que, ateniéndonos exclusivamente al texto legal, la protección del interés del titular viene dada sólo por el requisito del carácter expreso del acto dispositivo y por la facultad de revocación de dicho acto; el legislador no ha optado por otros sistemas posibles, como podría haber sido la limitación, en normas de *ius cogens*, del contenido de la cesión, del tiempo de duración de ésta, o del número máximo de los beneficiarios. Mediante el requisito del carácter expreso del consentimiento parece que se ha pretendido subrayar su trascendencia y tal vez posibilitar la clarificación del alcance de cada acto transmisible. El legislador, para completar su regulación del presente punto, con el fin de corregir las consecuencias posibles de la revocación, determina la indemnizabilidad de los perjuicios causados. Creo que este régimen, interpretado literalmente, protege al mismo tiempo demasiado y demasiado poco: demasiado, porque no me parece necesario sacrificar intereses, en principio respetabilísimos, de determinadas personas para proteger estos derechos de la personalidad, y en la ley se sacrifican, al permitirse la revocación, en cualquier momento, de los actos dispositivos; demasiado poco por otra parte, porque no se impide disponer de ciertos aspectos (el honor propiamente dicho, por ejemplo), o ante un número indeterminado de personas: la revocabilidad puede... paliar algunos de los efectos nocivos de una cesión excesiva, pero no todos. Respecto de la referida necesidad de no menospreciar los intereses de quienes reciben la cesión, adviértase que el Ordenamiento debería amparar más y mejor su satisfacción, siendo insuficiente la técnica (que, en principio, sólo debería actuar supletoria y complementariamente) de la indemnización: es cierto que alude el texto a las expectativas justificadas, pudiendo, pues, entenderse que cubre tanto el *damnum emergens* como el *lucrum cessans*; pero, ¿para qué implantar una técnica *sustitutiva*, como es la de la indemnización, cuando cabe perfectamente, con arreglo a los principios informadores de estos derechos, proteger a su titular manteniendo la protección *regular* de los cesionarios? Piénsese en las dificultades de prueba de las expectativas y en la inseguridad que se crea. Un ejemplo puede ilustrarnos en tal sentido: unos deportistas ceden por un tiempo y para unas determinadas finalidades, su derecho a la imagen a una determinada sociedad anónima publicitaria o periodística, que se obliga a pagarles, por ello, una cantidad de dinero. ¿No es extraño que la citada entidad pueda verse sorprendida por una revocación intempestiva? Se me dirá que a ello pretende subvenir la indemnización, pero, ¿es defendible que determinados empresarios estén sometidos al riesgo de una indemnización no satisfactoria (piénsese en retrasos, insolvencias, dificultades de valoración, etc.), cuando los derechos de la personalidad de la otra parte pueden ser perfectamente protegidos mediante una fórmula que implique múltiples controles del acto de cesión, pero con irre-

vocabilidad? Pienso, en concreto, en la fórmula del contrato: me parecería admisible que la ley fijase límites de contenido, de tiempo o de personas, límites cuya transgresión determinase la nulidad del contrato *ex art. 1.271* del Código Civil; pero no veo por qué hemos de contradecir el principio que inspira el art. 1.256 del mismo cuerpo legal, tratándose de contratos de duración forzosamente limitada y que no tienen que basarse obligatoriamente en unas recíprocas relaciones de confianza. A la vista de todo ello, ¿cabría, tras la entrada en vigor de la Ley de 5 de mayo de 1982, defender la admisibilidad de un contrato de esa índole, con contenido, duración y beneficiarios limitados (para no vulnerar el principio contenido en el inciso 1.^º del núm. 3 del art. 1 de la citada Ley) y en el que el disponente, inmediato perceptor de sugestivas ganancias, renunciase temporalmente a la facultad de revocación o admitiese una gravosa cláusula penal si revocara? Del tenor literal de la vigente Ley parece inferirse que tal posibilidad no cabe, pudiendo, además, aducirse en tal sentido el precepto contenido en el último inciso del art. 1 (la renuncia a la protección prevista en esta Ley será nula). No obstante, recuérdese que la interpretación no sólo ha de guiarse por el criterio literal, sino también por otros, de lo cual deduzco que, no repugnando el espíritu de esa ley ni al del Ordenamiento la admisibilidad de la fórmula descrita, debe ser admitida, lo que cabe mantener aduciendo los argumentos siguientes: 1.^º La ley contempla *una manera* de disponer de aspectos de esos derechos, pero no parece excluir otras si en ellas se respetan ciertos principios: se contempla la disposición por acto unilateral y *ésa* se reputa revocable; pero no se contempla el contrato, que podría, dado que nos hallamos ante una laguna, recibir la regulación que la doctrina dominante ha venido proponiendo como deseable y conveniente hasta 1982 (*arg. ex art. 1, núms. 1 y 4, del Código Civil*). 2.^º Si bien la renuncia a la protección prevista en la ley es nula, es cierto que, en el texto que sigue a aquel en el que ello se establece, se exceptúan de tal norma general los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el art. 2: ¿Por qué no entender exceptuados también los supuestos similares, como el del contrato? Por otra parte, la revocación es, sin duda, una técnica protectora, pero creo que cabría renunciar a ella si el contrato dispositivo no implica violación de lo preceptuado en el inciso 1.^º del número 3 del art. 1 de la Ley: una interpretación restrictiva del término *renuncia* o del término *protección*, contenidos en el inciso 2.^º, parece ser la solución más acorde con la actitud hermenéutica defendible en este punto a la luz de lo establecido en el núm. 1 del art. 3 del Código Civil: una renuncia a la facultad de revocación, acotada en el tiempo y unida a otras limitaciones, no me parece subsumible en el 2.^º inciso del núm. 3 del art. 1 de la Ley. En síntesis, mantengo que cabrá acto dispositivo válido (tal vez

sólo en favor de determinadas personas) por vía unilateral, siendo posible entonces la revocación (posibilidad que contempla expresamente la Ley de 5 de mayo de 1982), o mediante contrato, que implicará renuncia a la facultad de revocación (posibilidad que no contempla la citada Ley, pero que, a mi juicio tampoco excluye)»²⁸.

Como el lector puede ver, se trata de una confesión de desconcierto y perplejidad. Diez años después mantengo en líneas generales estas opiniones, pero, a la vista de las observaciones, generalmente provechosas, que muchos compañeros me han hecho y dado que en el presente estudio debo abordar de nuevo el problema, aprovecharé la ocasión para matizar lo entonces publicado y desarrollar algunos aspectos sólo esbozados entonces. Como segundo botón de muestra de la reacción de la doctrina ante la regulación legal, transcribo seguidamente un texto muy posterior al mío, obra de mi querido compañero Fernando Igartua, en el que dice: «... La Ley parte, en efecto, de la existencia de contratación sobre esos bienes, pero contempla este hecho con estupor, pues está anclada en la idea de que estos derechos de la personalidad son bienes de naturaleza únicamente extrapatrimonial y además indisponible. Ante la evidencia contraria, parece permitir la disposición de esos derechos indisponibles pero coloca a la facultad de revocación como un “guardián” de la indisponibilidad. Tal concepción puede ser acertada para el derecho al honor o, incluso, para el derecho a la intimidad, pero no para el derecho a la imagen. Para éste, las limitaciones normales de la autonomía de la voluntad deberán ser suficientes, actuando la posibilidad de revocación sólo en casos extremos»²⁹. Interesantes palabras de este autorizado autor, aunque yo no comparta el acercamiento que hace de la intimidad al honor, separándola de la imagen, pues, como se verá, a efectos de tratamiento jurídico, intimidad e imagen deben ser, en cierta medida, separadas del honor; sin embargo, respecto de lo que ahora nos concierne, obsérvese cómo Igartua no sabe exactamente qué hacer ante los preceptos legales; pero continuemos leyéndole: en nota, y refiriéndose a mi tesis antes transcrita, escribe: «... Siguiendo el hilo de la argumentación de Clavería, tal vez sea más correcto pensar que la LO 1/1982 no contempla sólo una manera de disponer (el acto de disposición unilateral) y no la otra (el acto bilateral o contrato), sino que, en rigor, no contempla ninguna manera de disponer respecto a unos derechos que se pensaban indisponibles. De este modo, podría decirse que el consentimiento tan sólo supone justificar la introducción y no poner en marcha los mecanismos de protección. Po-

²⁸ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit., pp. 1254-1256.

²⁹ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., p. 328.

dría argumentarse, entonces, que el art. 2.3 no pensaba en los actos de disposición de los derechos de la personalidad y que, por tanto, la facultad de revocación no afecta a los mismos³⁰.

Aquí encuentra brillantemente Igartua una veta que ni yo ni nadie habíamos atisbado, pero curiosamente, tras apuntarla, la abandona: el autor, en efecto, en la hercúlea tarea de desentrañar el texto legal, advierte que una cosa es disponer de aspectos de estos derechos de la personalidad con finalidad económica y otra diversa permitir una intromisión de manera que ésta no suponga agresión a la esfera personal: parece que la Ley Orgánica contempla, en principio, sólo esto último, lo que se deduce de la inserción de este consentimiento en los primeros artículos de la ley destinados a configurar las conductas prohibidas y de la fórmula de la revocación, difícilmente compatible con el mundo de los negocios y de la empresa; pero, consciente al mismo tiempo el redactor de que la revocación por él contemplada podría perjudicar gravemente intereses económicos de terceros —mejor sería decir «de segundos»—, acude a la indemnización, patrimonializando lo que había concebido como ajeno al mundo económico al haberlo declarado irrenunciable e indisponible. Escribe Igartua que el legislador, en rigor, no contempla ninguna forma de disponer, pero entonces, ¿para qué establece la indemnización, que implica la patrimonialización del derecho? Y dice que la revocación no afecta a los actos de disposición propiamente dichos, que no se contemplan en la ley: eso quisiera yo, querido Fernando Igartua, pero si se contemplan y, además, con efectos económicos: es decir, concuerdo con Igartua en la conveniencia de la distinción antes formulada —y que yo no había detectado en 1983—, pero, en contra de lo que él sugiere precisamente al hacerme objeciones, el legislador de 1982, tras intuir la distinción, la suprime al establecer el régimen, valiendo por tanto lo que yo escribí en 1983, en cuanto que la Ley de 1982 sí contempla un modo de disposición de estos derechos: el despiste del legislador arrastra en su caída a Igartua, que, sin embargo, me dice en esa nota algo importante que recojo y que utilizaré en el presente estudio.

En síntesis, a mi juicio, el régimen actual sigue siendo, sustancialmente, el que yo proponía hace diez años (inspirado en doctrina anterior a 1982), pero enriquecido por aportaciones ulteriores de mayor entidad que mi escrito: quiero decir que caben el acto unilateral (revocable) y el contrato. Pero a esta aseveración es necesario hacer, en su momento, importantes matizaciones, pues ese acto unilateral revocable puede recaer sobre facultades de diferente entidad y la Ley de 1982 las confunde: Igartua percibe la confusión, pero no logra hacer salir a la ley de ella.

³⁰ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., p. 328, en nota.

3.^a Antes de estudiar con algún detenimiento el régimen de los negocios dispositivos sobre estos derechos me pregunto si su cualidad de derechos fundamentales incide en alguna medida sobre dicho régimen, cuestión estrechamente ligada a otra que nos interesa en la presente investigación: cuando decimos que el honor, la intimidad o la propia imagen son derechos fundamentales, ¿qué queremos decir exactamente? ¿Es derecho fundamental —con las consecuencias previstas en el núm. 2 del art. 53 de la Constitución— cualquier facultad comprendida en esos moldes del honor, la intimidad o la imagen? ¿Lo es cualquier poder jurídico derivado de un contrato que verse sobre esos derechos de la personalidad? ¿Hay facetas de algunos de estos derechos que, al haber sido en cierto modo patrimonializadas, deben excluirse de la consideración de derechos fundamentales? Piénsese, por ejemplo, en el llamado *derecho patrimonial sobre la imagen*, del que habla autorizadamente Igartua³¹ inspirándose en el norteamericano *right of publicity*, diferente en su régimen jurídico de la *privacy* y de los derechos de la personalidad *stricto sensu*: de él hablaré brevemente luego, como una de las posibles figuras que se darían en el marco de la imagen pero que no merecerían la calificación de derecho fundamental; figura que revestiría, por tanto, especial interés en cuanto que sobre ella versarían negocios dispositivos abordados en este trabajo.

El problema que abordo en esta aclaración tercera es (¡cómo no!) un problema interpretativo, debiendo acudir, para entender la Constitución, a los procedimientos hermenéuticos habituales consignados en el art. 3, núm. 1, del Código Civil, procedimientos que, a la hora de interpretar la Constitución, no los utilizo porque lo diga el Código Civil, sino porque entiendo que el constituyente quiere implícitamente que sigan usándose para entenderla.

Pues bien, cuando dicho constituyente español de 1978 decidió utilizar la figura de los llamados derechos fundamentales para proteger determinados intereses en el campo del honor, la intimidad o la propia imagen lo que pretendía era atribuir una protección reforzada (la del art. 53, núm. 2) a dichos intereses. Pero esa protección reforzada (superior a la conferida a cualquier derecho subjetivo de rango ordinario y consistente —efectualmente— en un proceso preferente y sumario y, en su caso, en el amparo ante

³¹ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., pp. 319 y ss., y *Comentario a la Sentencia del TS de 28 de octubre de 1986*, cit., pp. 4095-4097: en este *Comentario* escribe IGARTUA, refiriéndose a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1986: «... Se trata de la primera mención a nivel judicial en nuestro país de la existencia de un derecho patrimonial sobre la imagen. Este derecho puede definirse como el derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad, con fines publicitarios o comerciales. Su naturaleza sería la de un derecho de propiedad (especial, si se quiere), no la de un derecho de la personalidad» (p. 4095). De esto hablaré un poco más adelante en el texto.

el Tribunal Constitucional) no se atribuía —creo— a cualquier interés relacionado con el honor, la intimidad y la imagen, sino sólo a los intereses especialmente merecedores de tutela cualificada por corresponderse con los valores reputados más relevantes según los principios constitucionales (preferentemente, arts. 1, 10 y 14 de la Constitución), esto es, sustancialmente al interés consistente en la interrupción de la intromisión o de la lesión y en la reparación de tales eventos; pero no parece que pensara el constituyente, por ejemplo, en atribuir tal protección cualificada al interés de quien contrató con una revista la publicación de fotografías privadas en cobrar íntegramente la suma pactada: es decir, no todos los poderes y facultades conferidos por la ley a los particulares para satisfacer intereses legítimos relacionados con su personalidad merecen la calificación de derechos fundamentales, sino —según la probabilísima *voluntas legis*— sólo aquéllos que respondan a las notas de los intereses y valores de los arts. 10 y ss. de la Constitución; hay, en efecto, intereses que merecen la tutela del Ordenamiento, pero no la del núm. 2 del art. 53 de la Constitución: prestigio profesional, salvo que la lesión a él inferida implique ataque al honor (tema antes tratado); buena fama de una persona jurídica³²; interés de quien comercializa su efígie³³, etc. Que los poderes que, atinentes a la esfera del honor, la intimidad y la propia imagen, he calificado como derechos fundamentales están técnicamente tipificados hoy es discutible (mantuve yo que sí en 1983 y Rojo Ajuria —en relación a la intimidad— que no en 1986, ambos en el ADC)³⁴; desde luego, parece que no lo están otros poderes, relativos a tales esferas, y que me he negado a considerar derechos fundamentales: adelantándose a

³² Que una persona jurídica pueda ser titular o no de derechos fundamentales y, en concreto, de los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen ha sido un tema discutido en la doctrina y en la jurisprudencia, que es vacilante al respecto; aunque este punto no es materia del presente estudio, me pronuncio claramente a favor de la solución negativa: los arts. 10 y 14 y ss. de nuestra Ley Fundamental están concebidos para salvaguardar los más supremos intereses de hombres y mujeres, no para proteger esos mecanismos creados artificialmente por el Derecho positivo para unificar patrimonios que se denominan personas jurídicas. El ultraje o la ofensa a una asociación o a una sociedad podrá implicar ataque a un derecho fundamental de sus miembros o administradores, pero no a la entidad; por otra parte, no discuto que exista o pueda existir un interés referible a dicha entidad, en cuanto tal, en preservar su buena fama, pero dicho interés no se protege mediante un derecho fundamental, sino a través de los cauces ordinarios contemplados en el Ordenamiento jurídico, por ejemplo, arts. 1.902 y ss. del Código Civil. Ni siquiera la comodidad funcional de litigar bajo una sola personalidad en un procedimiento de la Ley 62/1978 justifica esta regresión al conceptualismo: creo que se trata de un problema de comprensión del alcance de las determinaciones normativas. Ociosa parece, por ello, mi opinión explícita sobre la vigencia de la referencia a las personas jurídicas contenida en el art. 12 de la Ley 62/1978.

³³ Recuérdese el llamado «derecho patrimonial sobre la imagen».

³⁴ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit., p. 1257; ROJO AJURIA, *ob. cit.*, p. 140.

una posible o hipotética tipificación legal, ha hablado, como dije, Igartua de un derecho patrimonial sobre la imagen: yo no me atrevo a hablar todavía de eso, salvo de *iure condendo*, pues derecho subjetivo es un molde técnico creado por la ley para unificar facultades y otros efectos jurídicos³⁵; pero sí afirmo, *hic et nunc*, que, *ex art. 1.255* de nuestro Código Civil, nuestro Ordenamiento jurídico actual ampara el contrato por el que una persona física explota su intimidad o su imagen (tal vez no su honor) a cambio de dinero, siempre que se pacten determinadas condiciones: creo que el objeto de ese contrato no es un derecho fundamental al que excepcionalmente se renuncia o que se ejerce, sino una facultad (o conjunto de facultades) que no llega a merecer tal calificación; y creo que el contrato sería válido por no infringir ni la Constitución, ni la Ley Orgánica 1/1982, ni los arts. 6, 1.255, 1.261, 1.271, 1.272 y 1.275 del Código Civil. Quiero decir que esos contratos no constituyen renuncias ni actos de disposición de los derechos de la personalidad citados, ni actos de ejercicio en sentido positivo de esos derechos fundamentales, ni, menos aún, causas de justificación de las intromisiones, sino, más bien, ejercicio de una legítima autonomía negocial sobre facultades jurídicas de rango ordinario en el marco de un contrato atípico. Ni derechos fundamentales, pues, ni siquiera —al menos, todavía— derechos subjetivos *sensu stricto*.

Si pueden ser, por el contrario, reputados supuestos de renuncia —excepcionalmente admitida en la ley— a los derechos fundamentales aludidos los casos en los que su titular permite, por acto unilateral, la intromisión o la publicación sin finalidad económica: entonces, en principio, no se explota poder jurídico alguno, siendo, por ello, la revocabilidad perfectamente razonable y no suscitándose necesidad de indemnización al revocar, pues dicha autorización se concibe al margen de los negocios y sólo sirve para impedir la ilicitud de esa concreta intromisión: se trata de casos en los que el titular del derecho ni explota comercialmente nada ni cobra nada ni la persona autorizada pretende tampoco explotar esas facultades para su beneficio económico.

Junto a estos modelos de negocios jurídicos que no se contemplan —al menos explícitamente— en la Ley de 1982 y que caben, sin embargo, en nuestro Ordenamiento actualmente vigente

³⁵ DE CASTRO, *Derecho Civil de España. Parte General*, I, Madrid, 1955, pp. 632 y ss., especialmente p. 643. Es doctrina luego generalmente seguida. Para Don Federico de CASTRO, el derecho subjetivo es un centro de unificación de facultades, respondiendo «... a la necesidad técnica de dar asiento unitario a los distintos haces de facultades, y a la social de impedir la atomización de los poderes jurídicos y de asegurar la estabilidad de las situaciones» (p. 643). Pues bien, la ley española aún no ha creado ese molde, ese centro de unificación de facultades económicas, como quizás sí lo haya hecho algún otro Ordenamiento.

te, debemos reputar posible el modelo contenido en esa ley: autorización o consentimiento con posibilidad de revocación que implicará necesidad de indemnizar los perjuicios que se produzcan: probablemente el legislador pensó no en el derecho patrimonial, sino en el derecho fundamental y concibió la autorización como una mera anuencia a la intromisión, anuencia en la invasión de un derecho fundamental, en principio irrenunciable, que debía controlar mediante la revocabilidad; pero, al advertir sobre la marcha la posible utilización económica de dicha anuencia, acudió a la indemnización: recuérdese el «estupor» (*sic*) detectado por Igartua cuando, con penetración más propia de psicólogo que de jurista, indaga acerca de las cavilaciones de los redactores de este precepto³⁶. Lo que se detecta claramente es el desconcierto de dichos redactores ante el problema y la censurable actitud de los parlamentarios que no se molestaron en atenderlo más concienzudamente.

Ante todo me atrevo a aconsejar a todo empresario del periodismo o de la publicidad que no acuda a la fórmula legal, sino a la del contrato, lo que le permitirá gozar, del modo que luego se describirá, de una posición jurídica estable caracterizada por la aplicación de los arts. 1.091, 1.256 y 1.258 del Código Civil (con alguna salvedad), pues la concurrencia del sinalagma y la índole del objeto adquirido —un derecho (o facultad) meramente patrimonial, no fundamental— permiten la renuncia a la revocación discrecional que ese contrato conlleva. No obstante, mientras la Ley de 1982 continúe vigente, expondré brevemente en su lugar el régimen por ella impuesto. Ni que decir tiene que lo deseable es la sustitución de esa ley por otra, no sólo a la vista de esta deficiencia, sino también de otras, que también denuncié en 1983.

Antes de abordar el régimen de los negocios dispositivos sobre intimidad e imagen, unas palabras más sobre ese llamado *derecho patrimonial sobre la imagen*, del que, inspirado en el Derecho de los EE.UU., Fernando Igartua ha escrito interesantes páginas³⁷. En su opinión, este derecho, si fuese recibido en el Derecho español, «... seguiría un régimen jurídico distinto a los derechos de la personalidad: sería transmisible *inter vivos* y *mortis causa* y no afectaría a los contratos que lo tuvieran por objeto la facultad de revocación que se recoge en el artículo 2.^º, 3, de la Ley 1/1982... Aparte de reducir la facultad de revocación a aquellos casos en los que sea necesario, protegiendo así también los derechos de los cocontratantes, se posibilitaría el recuperar el enriquecimiento

³⁶ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., p. 328. En similares términos, SALVADOR CODERCH, en la misma obra (p. 382, en nota), que habla del «titubeo legal».

³⁷ IGARTUA, *Comentario a la Sentencia del TS de 28 de octubre de 1986*, cit., pp. 4095 y ss.; y *El mercado de las ideas*, cit., pp. 319 y ss.

injusto ante una intromisión a este derecho»³⁸. Cuatro años más tarde el mismo autor, insistiendo en la creciente importancia del valor económico de la imagen (modelos publicitarios, etc.)³⁹, escribe que el derecho patrimonial de la imagen (*right of publicity*) es «... avanzadilla de un cambio de estatuto jurídico de los bienes de la personalidad»⁴⁰, y que «... Tal derecho, definible como *el derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad con fines publicitarios o comerciales*, está tomando carta de naturaleza en la doctrina comparada y supone una forma distinta de contemplar las facultades sobre los bienes de la personalidad. Ya sea que nos encontramos ante dos derechos distintos sobre esos bienes (uno de índole patrimonial, otro como derecho de la personalidad) o que se esté ante un derecho similar al derecho de autor (con sus aspectos morales y materiales), lo que está claro es que existen dos situaciones jurídicas bien diferentes sobre aquellos bienes, una más volcada en su protección, otra fundamentada en su explotación»⁴¹. Según Igartua, la Ley de 1982 no contempla esa distinción⁴², distinción que sería útil pues ese derecho patrimonial permitiría la reclamación por enriquecimiento injusto obtenido por utilización indebida de la imagen, no cabría revocación y sí cesión en exclusiva, lo que no cabe en el modelo legal⁴³.

A mi juicio, si bien existen unos derechos (fundamentales) de la personalidad al honor, la intimidad y la propia imagen reconocidos en la ley española, no creo que aún exista en nuestro Ordenamiento un (deseable) derecho patrimonial de la imagen (y de la intimidad, añado yo). Ahora bien, sí cabe, *de iure condito*, en nuestro Derecho celebrar contratos atípicos que versen sobre dichos intereses patrimoniales, aunque aún no quepa calificarlos de derechos subjetivos *stricto sensu*, pudiendo, por la vía de los arts. 1.254 y ss. de nuestro Código Civil, satisfacerse dichos intereses

³⁸ IGARTUA, *Comentario a la Sentencia del TS de 28 de octubre de 1986*, cit., p. 4096.

³⁹ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., p. 321.

⁴⁰ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., p. 322.

⁴¹ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., pp. 322-323.

⁴² IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., p. 323.

⁴³ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., pp. 323-324. Sobre la conveniencia de la exclusiva y su imposibilidad de cabida en la Ley 1/1982, escribe este autor: «... Hoy en día, considerando el derecho a la imagen como derecho de la personalidad, cuando se realiza un contrato sobre el mismo, puede defenderse que, en rigor, por el carácter de indisponibilidad que es nota de estos derechos, solamente se cede el derecho a oponerse a la actuación que el contrato permite, es decir, se consiente lo que de otra forma sería una intromisión. Y nada impide ceder de nuevo el mismo objeto del contrato anterior a otra persona, pues antes nada se transmitió» (p. 323). Me manifiesto de acuerdo con IGARTUA: la exclusiva es un «salto patrimonializador», más cercano a la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, que a la Ley Orgánica 1/1982.

que acertadamente Igartua reputa tan merecedores de tutela. Un hipotético Derecho futuro podría crear un contrato típico sobre estos poderes jurídicos, tal vez en Ley separada de la de los derechos de la personalidad que sustituyese a la de 1982.

Dicho todo lo cual, nos hallamos en condiciones de hablar de tales negocios jurídicos.

V. RÉGIMEN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DE DISPOSICIÓN

A) Introducción

Voy a exponer el régimen que reputo pertinente de los negocios jurídicos atinentes a la intimidad y a la propia imagen: anticipo que no cabe el honor en estos negocios, por motivos fácilmente adivinables y que luego se expondrán. Trataré casi siempre de intimidad e imagen conjuntamente, haciendo en algún caso las oportunas diferenciaciones: muchas veces, lo que algún autor reputa aplicable a la imagen cabe también referirlo a la intimidad, pues, siendo figuras, como se dijo, distinguibles, tienen muchas características comunes. No trataré de otros derechos de la personalidad tradicionalmente asimilados a éstos, como el nombre o el derecho moral de autor, figuras que difieren demasiado del objeto de nuestro estudio, ni menos aún de otros derechos de la personalidad relativos a la esfera corporal (vida, integridad física o psíquica), aún más alejados de nuestro campo de atención; pero ello no implica que olvidemos algunas soluciones, propuestas a veces para ellos, que puedan servirnos ahora. La indagación del régimen de estos negocios se lleva a cabo preponderadamente atendiendo a principios generales del Derecho, especialmente inferidos de preceptos reguladores de los contratos y de las obligaciones, sin olvidar el Derecho de la persona: de tales principios se derivan —orientándonos con frecuencia por la doctrina— las soluciones o criterios de solución que seguidamente se proponen; tales soluciones o criterios se presentan discretamente sistematizados con el fin de orientar mejor al lector; distingo cuatro modalidades de actos dispositivos: el contrato, que es la fórmula que elijo como paradigmática, aunque no sea la escogida por la Ley 1/1982; el acto unilateral *inter vivos* sin contenido patrimonial; el acto unilateral, asimismo *inter vivos*, contemplado en la Ley citada; y el acto dispositivo *mortis causa*, esto es, contenido en testamento.

B) El contrato

En el examen del régimen del contrato por el que se dispone de aspectos de estos derechos distingo varios apartados: determinación de la normativa aplicable o utilizable para la obtención, por vía analógica, de soluciones; sujetos; forma; objeto y causa; tiempo de duración de la relación contractual; y ámbito geográfico del contrato.

1.º NORMATIVA.—Respecto del procedimiento utilizable en caso de conflicto, a la vista de que, como se dijo, no constituye objeto del presente negocio un derecho fundamental sino un derecho patrimonial (*rectius*, un conjunto de facultades de contenido patrimonial) no cabe, en principio, acudir al procedimiento sumario y preferente contemplado en el art. 53, núm. 2, de la Constitución y regulado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. No se trata de que el titular de la intimidad o la imagen, al explotarlas económicamente, degrade el derecho fundamental rebajándolo a derecho de rango ordinario, sino que la facultad cedida y los intereses gestionados no merecen, a mi juicio, el mecanismo superprotector de ese procedimiento preferente y menos aún del amparo. Otra cuestión es que, en el transcurso de la vida del contrato, se produzca, incluso como modo de incumplimiento del mismo por extralimitación cualitativa de lo en él permitido, un ataque a la intimidad o a la propia imagen del contratante: ello podrá, además de implicar incumplimiento de obligaciones nacidas *ex contractu* susceptible de ser sancionado con los arts. 1.101 y ss. del Código Civil (esto es cuestionable), generar la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 y la procedencia del procedimiento de la Ley 62/1978. Pero fuera de ese supuesto, el procedimiento para resolver los conflictos nacidos del contrato es el declarativo ordinario que corresponda (arts. 483 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), siendo asimismo posible el arbitraje, salvo en los supuestos en los que ello sea impedido en virtud del art. 2, núm. 1, c, de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

Respecto del Derecho sustantivo aplicable, al hallarnos ante un contrato atípico, debemos aplicar las normas de los arts. 1.254 y ss. del Código Civil relativas al contrato en general y las de los arts. 1.088 y ss., relativas a las obligaciones en general; de todas ellas destaco las contenidas en los arts. 1.091, 1.101 y ss., 1.255, 1.256, 1.258, 1.261, 1.264, 1.271, 1.272, 1.275 y 1.281 y ss., todos ellos textos reveladores, como los de los arts. 7, 1.583 ó 1.732 y ss. Fuera del Código Civil, convendrá tener presente el art. 57 del Código de Comercio o algunos preceptos del Estatuto de los Trabajadores o de la Ley de Propiedad Intelectual (respec-

tivamente, Ley 8/1980, de 10 de marzo, y Ley 22/1987, de 11 de noviembre).

El contrato de que se trata se regulará por las cláusulas pactadas, en cuanto no se opongan a las leyes imperativas, a la moral o al orden público (art. 1.255 del Código Civil); obligará a las partes *ex arts.* 1.091, 1.256 y 1.258 del mismo cuerpo legal, aunque, si se pactó una duración muy larga o no se pactó límite de tiempo, se apliquen analógicamente artículos como el 1.583 (éste en cierta medida) o los 1.732 y ss.; su incumplimiento generará la pertinente responsabilidad, cabiendo, en su caso, la ejecución *in natura*⁴⁴; su objeto y su causa deberán ser lícitos; en cuanto a la indagación de la llamada regla negocial, habrá que interpretar sus cláusulas con arreglo a los arts. 1.281 y ss. del Código Civil, integrando el contrato con arreglo a su art. 1.258 y cumpliéndolo según las reglas de la buena fe objetiva. Es cuestionable qué contratos típicos se le asemejan más, lo que cabe plantear con objeto de extraer, vía art. 4, núm. 1, del Código Civil, soluciones inferidas de preceptos que los regulen, habiendo aludido la doctrina al arrendamiento, al mandato o, incluso —saltando a otra zona del Código—, a la constitución de un usufructo⁴⁵, procedimiento que no me parece demasiado fructífero, pues no creo necesario acudir a la subsunción en tipos legales para hacer operar la analogía⁴⁶.

El problema interpretativo es quizá el más complejo en esta materia, dada la riquísima gama de posibilidades que estos contratos contienen: refiriéndose sólo a la imagen, escribía Gitrama hace más de treinta años que el consentimiento «... puede recaer sobre alguno o algunos de tales actos de divulgación de la imagen o sobre todos ellos; por tiempo determinado o indeterminado; por número determinado o indefinido; con exclusiva o sin ella..., de donde fácil resulta colegir la extraordinaria variedad de posibles combinaciones obligacionales... Si se trata de retratos aún no existentes (por ejemplo, prestación de modelo para un pintor o fotógrafo), nos hallaremos en presencia de una convención sobre cosa futura, válida a tenor del artículo 1.271 del Código Civil, en torno a la cual, en cada caso, habrá de interpretarse si faculta o no al autor del retrato para su publicación»⁴⁷. En síntesis, siendo casi infinitas las posibilidades, el problema interpretativo es crucial, siendo imprescindible determinar el alcance del consentimiento⁴⁸.

⁴⁴ Así se deduce de lo dicho por GITRAMA, *ob. cit.*, p. 343.

⁴⁵ GITRAMA, *ob. cit.*, p. 341.

⁴⁶ Sobre los contratos atípicos, *vid.*, entre otros, JORDANO BAREA, «Los contratos atípicos», *RGLJ*, tomo 195, 1953, pp. 51 y ss.; y CASTRO LUCINI, «Los negocios jurídicos atípicos», *RDNot.*, julio-diciembre 1974, pp. 9 y ss.

⁴⁷ GITRAMA, *ob. cit.*, p. 341.

⁴⁸ Tema que se suscita, más implícita que explícitamente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1988, comentada por IGARTUA, *CCJC*, tomo

El punto de partida prácticamente unánime es el de la interpretación estricta o restrictiva, no entendiendo comprendido en el consentimiento sino lo que claramente se infiera de la declaración y nada más⁴⁹, punto de partida que, en líneas generales, acepto, en cuanto que con él se protege más adecuadamente la esfera personal del disponente, gozando de preferente aplicación el art. 1.283 del Código Civil. Insiste Igartua en ello, advirtiendo que dicha interpretación estricta debe defenderse aunque el consentimiento se enmarque en un contrato y exista remuneración⁵⁰, añadiendo, en otro estudio, que «... cuando el consentimiento se otorga para una utilización comercial, tal interpretación estricta debe ser reforzada»⁵¹; a su juicio, «... Es... muy importante la interpretación de los términos del contrato, tanto por saber qué utilizaciones permite, como para conocer si cabe la cesión del contrato a un tercero....»⁵². Con referencia a la intimidad, Pablo Salvador, tras declarar inconveniente el consentimiento tácito, escribe: «... Consentir a una forma de comunicación pública no es conferir una *licencia* para llevar a cabo cualquier tipo de ellas»⁵³. «... En principio, el consentimiento expreso tiene el alcance que resulta de *sus propios términos* tal y como, dadas las circunstancias, pudo entenderlos su destinatario...». «... Para que valga, es preciso que el concedente conozca el lenguaje exacto de la publicación, así como que lo entienda». «... Los *motivos* o *intenciones* del destinatario del consentimiento son irrelevantes como sucede, en general, en derecho civil... lo que en todo caso puede hacer el concedente es incorporarlos al acto de cesión (por ejemplo, publicación para finalidades médicas o sociológicas). Mas esto no ampara al destinatario que oculta sus verdaderas intenciones y engaña al agente sobre ellas para obtener el consentimiento; entonces simplemente hay dolo»⁵⁴. Interesante problema de causa que suscita Salvador. Ahora bien, creo que, considerando, en principio, acertadas tales opiniones, no es necesario destacar demasiadas diferencias de este contrato frente a otros respecto a los criterios de

18, núm. 476, pp. 973 y ss.; *vid.* concretamente p. 976, en la que el autor mencionado plantea el problema de si la autorización de una divulgación permite otras posteriores.

⁴⁹ GITRAMA, *ob. cit.*, p. 341; CASAS VALLES, «Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación (Nota a una sentencia de la AT de Barcelona de 19 de julio de 1988)», *Poder Judicial*, núm. 14, 1989, pp. 131 y ss., concr. p. 134; SALVADOR, *El mercado de las ideas*, cit., pp. 380-381; IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., p. 324, y *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Madrid, 1991, pp. 104 y ss.

⁵⁰ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., p. 324.

⁵¹ IGARTUA, *La apropiación....*, cit., p. 104. No obstante, este autor matiza, en esta misma obra, tal aseveración en caso de remuneración pactada (pp. 107 y ss.). Pero vuelve a insistir en el carácter estricto de la interpretación en pp. 112 y 113.

⁵² IGARTUA, *La apropiación....*, cit., p. 112.

⁵³ SALVADOR, *El mercado de las ideas*, cit., p. 380.

⁵⁴ SALVADOR, *El mercado de las ideas*, cit., p. 381.

su interpretación: la existencia y cuantía de la remuneración sí creo que sirven para interpretar el ámbito y el contenido de la cesión; y, como bien apunta Gitrama, el art. 1.258 nos sugiere, en sede de integración, que debemos entender comprendido en la autorización lo que resulte necesario para ejecutar lo expresamente pactado⁵⁵. Es claro que hay extralimitaciones patentes: una persona posa desnuda para una revista médica y se usa la fotografía para una revista frívola; a veces el lugar de exhibición es decisivo para el consentimiento: hay quien accede a aparecer desnudo en una publicación de un país muy lejano, pero no en el suyo: todo ello aconseja que los términos del contrato sean muy claros. Pero no encuentro argumentos para excluir, por ejemplo, en caso de duda, la aplicación de las llamadas normas de interpretación objetiva (arts. 1.286 y ss. del Código Civil), ni de la norma atinente al principio de conservación del negocio (art. 1.284), ni, como se ha dicho, la reguladora de la integración (art. 1.258). Por todo lo cual, es aconsejable determinar en el texto contractual con total claridad el contenido de lo que se pretende publicar (fotografías, datos de la vida privada), la naturaleza del medio, el ámbito geográfico de difusión, la duración temporal y las prestaciones instrumentales o preparatorias (sesiones de toma de fotografías o grabaciones, entrevistas, etc.); asimismo debe determinarse si la persona autorizante permite al otro contratante la cesión del contrato a tercero y en qué condiciones, debiendo entenderse que, en caso de omisión de esta cláusula, no cabe la cesión, dadas las características de estos negocios (de índole patrimonial, pero estrechamente vinculados a la personalidad) y dado que la cesión podría trastocar de hecho los otros elementos pactados (ámbito, finalidad, duración, reutilización, etc.); obviamente debe consignarse si el derecho o facultad se cede en exclusiva, lo que guarda estrecha relación con el ámbito geográfico y el límite temporal; no olvido tampoco los elementos ordinarios de todo contrato (cuantía y modo de la remuneración) ni la posibilidad de cláusulas penales u otras garantías.

No cabe dudar de que la interpretación de estos contratos debe inspirarse muy preferentemente en los principios constitucionales, algunos tan próximos a su ámbito. Tampoco excluyo la utilización de algún precepto de la Ley Orgánica 1/1982, concretamente, entre otros, el contenido en el núm. 1 de su art. 2, que, muy inconvenientemente y en contraste con otros principios —éstos sí defensibles— de la misma Ley, permite que cada persona delimite con sus actos su ámbito reservado: no obstante, este precepto, si se entiende referido a actos del autorizante cronológicamente cer-

⁵⁵ GITRAMA, *ob. cit.*, p. 342.

canos al contrato, puede servirnos para interpretar algún extremo de éste, en línea con el art. 1.282 del Código Civil.

2.^º SUJETOS.—Respecto de las partes contratantes debemos plantearnos los problemas que afectan a la persona que permite la intromisión o la publicación de su imagen y su intimidad y los que se refieren a la persona que pretende utilizarla mediante su divulgación.

Empecemos por el sujeto que presta el consentimiento a la utilización de su imagen o que revela su intimidad. A mi juicio, ningún problema especial se plantea si se trata de una persona física, mayor de edad y dotada de capacidad natural y de obrar. Creo que ningún comentario específico merece la materia relativa a los vicios del consentimiento y a la llamada incapacidad natural —habitual o transitoria—, pues valen los criterios generales del Derecho de la contratación. Nada afecta, por otra parte, al problema que el contratante esté o no casado ni el régimen económico de su matrimonio, no siendo necesario el asentimiento del otro cónyuge para perfeccionar el contrato (salvo que —claro está— dicho negocio afecte a la intimidad o a la imagen del cónyuge); suscito, por otra parte, la posibilidad de que el contrato pudiera constituir violación del art. 67 del Código Civil; problema diverso —que realmente no encuentra su cabida en esta sede del perfeccionamiento— es si, concurriendo régimen de gananciales, las deudas derivadas de este contrato son de responsabilidad directa de los gananciales (arts. 1.365 y concordantes del Código Civil) o sólo indirecta (art. 1.373), dándose, a mi juicio, lo primero si el contrato se inserta en el ejercicio ordinario de la profesión (por ejemplo, modelo); en cuanto a si tales deudas pertenecen al pasivo definitivo de los gananciales, creo que la respuesta es afirmativa *ex art. 1.362*, números 1.^º y 4.^º, aunque cabe la solución negativa en caso de deuda ajena a tal artículo.

¿*Quid* de los menores? ¿Y del menor emancipado? Ante Derecho hoy derogado, el profesor Gitrama reacciona, refiriéndose al derecho a la propia imagen, con extraordinaria perspicacia: si bien parte de la necesidad de que los padres o tutores representen al menor «... en determinadas actuaciones engarzadas con el derecho a la propia imagen de sus representados..., se ha de tener en cuenta que el menor... posee, sin embargo, una cierta potencialidad jurídica creadora máxime en el área del ejercicio de los derechos de la personalidad..., a cuyo respecto se permite y hasta se necesita su personal decisión. Como en general la misma persona de capacidad restringida puede ejercitarse por sí los derechos inherentes a su personalidad, resulta que los padres representantes legales, quizás más que representar, deberán entonces asistir al menor, protegiéndole cuando, pongamos por caso, él dé su consentimiento a la publicación de su retrato, bastando para ello que tal menor tenga, a más del uso de razón, suficiente conocimiento

natural. Es consecuencia de ello que padres o tutores únicamente se hallarán legitimados para impedir que el menor consienta en la publicación de su imagen de modo que razonablemente le vaya a perjudicar. Ellos están obligados a velar por la persona del menor, y, por tanto, han de entenderse facultados para oponerse a aquella nociva divulgación. Del propio modo parece que padres o tutores podrán ejercitar los derechos patrimoniales que puedan inferirse del ejercicio por el menor de su derecho a la imagen... Y actuarán plenamente como representantes legales del menor en el ejercicio de las acciones judiciales que le favorezcan...»⁵⁶. Obsérvese que este autor —si bien inspirado en otros— percibe en 1962 que estos derechos presentan una peculiaridad, derivada de eso que él llama «potencialidad jurídica creadora» del menor: la conveniencia de que el menor, dotado de suficiente conocimiento natural, decidida por sí mismo, con eficacia jurídica, sobre algunos aspectos de tales derechos, precisamente los más ligados a su personalidad y los menos ligados a su patrimonio. Quizá la explicación de fondo reside en que, ya incluso antes de nuestra Constitución, nuestros juristas perciben que no siempre ha de darse una relación directa entre la trascendencia del derecho y las exigencias de capacidad para ejercitarlo o defenderlo (recuérdese la escala «actuación por sí mismo, actuación por representante legal, autorización judicial de la actuación de dicho representante»), sino que precisamente las peculiaridades de ciertos derechos de singular valor jurídico aconsejan hacer descender el listón de las exigencias de control de la actuación del menor, al reputar su libertad ingrediente ineludible del desarrollo de su personalidad: precisamente en este espíritu se inspira el Derecho vigente, comprendido en el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982 y en el art. 162, pár. 2.º, núm. 1.º, del Código Civil, en su versión actual⁵⁷ (preceptos que

⁵⁶ GITRAMA, *ob. cit.*, pp. 345-346.

⁵⁷ Vid. CASTÁN VÁZQUEZ, «Comentario al art. 162 del Código Civil», en *Commentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1991, pp. 557 y ss., concr. p. 559, con útiles referencias bibliográficas. Más pormenorizadamente, JORDANO FRAGA, «La capacidad general del menor», en el vol. *La tutela de los derechos del menor*, dir. por GONZALEZ PORRAS, Córdoba, 1984-1985, pp. 243 y ss., concr. pp. 254 y ss. Según JORDANO, que defiende la tesis de la capacidad general del menor, commisurada a su propia capacidad de entendimiento y voluntad (p. 261), dentro del régimen de los actos atinentes a los derechos de la personalidad del menor, cabe distinguir el supuesto de que el menor tenga capacidad, el de que no la tenga, pero si tenga suficiente juicio, y de que carezca incluso de éste, asignando diferente tratamiento jurídico a cada uno de ellos a la vista de los arts. 162, pár. 2.º, núm. 1.º y pár. 3.º, del Código Civil, y 3, núm. 1, de la Ley Orgánica 1/1982. Sin descartar esta clasificación trimembre, mantengo, por el momento, *de iure condito*, la bimembre, que se infiere del art. 3 de la Ley Orgánica aludida; me explico: si el menor tiene la capacidad del núm. 1 del art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, actúa él solo; si no la tiene, se aplica el núm. 2 del citado artículo; ahora bien, si, no teniéndola pero teniendo suficiente juicio, conllevase el acto atinente a un derecho de la personalidad la reali-

perfilan el alcance del art. 1.264 del mismo Código). En un breve pero encomiable trabajo sobre el tema, Cándido Conde-Pumpido, en esta misma línea: escribe: «... Resulta así que, a pesar de tratarse de un derecho de la personalidad, inalienable abstractamente considerado y que tiene rango de fundamental y naturaleza extrapatrimonial, se admite que personas sin plena capacidad de obrar e imposibilitadas jurídicamente para disponer de su patrimonio, puedan realizar por sí mismas actos de disposición de algunas de las facultades que configuran el contenido del derecho a la intimidad o a la propia imagen. Entiendo que juega aquí el carácter esencialmente personalísimo de estos derechos, para atribuir a su titular facultades de disposición, al margen de su plena capacidad de obrar, y, más allá aún, de sus propias facultades de disposición en el ámbito de derechos axiológicamente inferiores, como son los patrimoniales»⁵⁸. Ahora bien, indica seguidamente Conde-Pumpido que «... *La novedad* en el sistema de la Ley radica no tanto en el reconocimiento de una capacidad para actos concretos, de personas genéricamente incapaces...»⁵⁹, sino en que en el art. 3 de la Ley de 1982 «... Se transfieren... al Ministerio Fiscal potestades que hasta ahora correspondían al Juez cuando actuaba en sede de jurisdicción voluntaria»⁶⁰. Refiriéndose al supuesto de los menores que pueden actuar por sí mismos, alude al concepto de «madurez», que, para él, es «... un concepto normativo, indefinido, que ha de ser determinado en cada caso según criterios o patrones sociales que fijan las condiciones psicofísicas del menor o incapaz con aptitud para ceder una parcela de su intimidad. Incluso será un concepto cambiante y asumible o no por el mismo sujeto, según sea la importancia del acto o intromisión que se pretende autorizar y la trascendencia de la parcela de intimidad que se

zación de prestaciones personales, debe aplicarse, conjuntamente con el núm. 2 del art. 3 de la Ley Orgánica, el pár. 3.^º del art. 162 del Código Civil: ello significa que también debe consentir el menor; técnicamente no se trata, a mi juicio, de un tercer supuesto, sino de una variedad del segundo, al incidir en una norma diferente de las destinadas a regular los derechos de la personalidad pero que puede confluir con ellos, la del último párrafo del art. 162 del Código Civil: no es lo mismo ceder noticias privadas sobre un niño o fotografías suyas que comprometerlo en una película como actor o en un pase de modelos. Aclaro que el hecho de que la expresión «suficiente juicio» se halle en párrafos distinto de la expresión «condiciones de inadurez» nos indica que no son equivalentes. En el mismo volumen que JORDANO FRAGA, *vid.* GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Notas sobre la protección del menor en la esfera de los denominados derechos de la personalidad con especial referencia a la imagen», ob. cit., pp. 221 y ss., especialmente, p. 226.

⁵⁸ CONDE-PUMPIDO, «La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización prestada por menores e incapacitados a las intromisiones en su honor, intimidad y derecho a la propia imagen», *RGD*, núm. 475, abril 1984, pp. 659 y ss.; y núm. 476, mayo 1984, pp. 979 y ss. En concreto, abril 1984, p. 660. *Vid.* también HERRERO-TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990, pp. 222-223.

⁵⁹ CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, abril, p. 660.

⁶⁰ CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, abril, p. 661.

pretende ceder»⁶¹. Según este autor, corresponde fijar la existencia de esa madurez al representante o, si se otorga escritura pública, también al Notario⁶², aportando un criterio supletorio como guía: «... Entiendo —escribe al respecto Conde-Pumpido— que los mayores de catorce años en todo caso y los mayores de doce en aquéllos en que la cesión de la imagen no ofrezca especiales rasgos de complejidad, podrán ceder, contratar y consentir por sí mismos sin necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal»⁶³. Cuando se trata de personas no maduras, el citado autor se detiene en examinar el procedimiento, materia que, por imperativos de brevedad, no desarollo aquí⁶⁴. Sólo advierto que disiento en parte de sus tesis en lo que concierne a las previsiones del art. 3 de la Ley de 1982⁶⁵: frente a las distinciones que propone Conde-Pumpido, yo sostengo que las irregularidades se sancionan siempre con la anulabilidad, por tratarse de deficiencias estructurales que deben afectar a la validez y por ser la anulabilidad la técnica protectora más eficiente en cuanto activable sólo por la persona protegida y tradicionalmente utilizada por la ley para atender las deficiencias de la capacidad de obrar.

Frente a estas opiniones, debo señalar que Pablo Salvador Cocherch defiende que, respecto de los negocios sobre la intimidad de contenido patrimonial, debe aplicarse, en materia de menores, el art. 44 de la Ley de Propiedad Intelectual⁶⁶ con preferencia al art. 3 de la Ley 1/1982.

Mi opinión personal es que, si bien el carácter preferentemente patrimonial de las facultades de las que hablamos nos sugiere el acierto de la tesis de Salvador, a la hora de atender un problema jurídico debemos tener en cuenta no sólo la coherencia lógica y la naturaleza del poder jurídico de cuya transmisión se trata, sino también las posibles consecuencias de una u otra solución: a la vista de ello, opto por la aplicación del art. 3 de la Ley 1/1982 aunque no siempre se trate de la disposición de un derecho fundamental (el que ahora tratamos, como dije, no lo es), pues en estos contratos se halla siempre tan involucrada la personalidad del menor que me parece muy provechosa la intervención del Ministerio Fiscal y, eventualmente, la del Juez: reputemos, pues, dicha intervención necesaria en su caso: incluso cuando se dispone de parcelas de la intimidad por dinero se implica efectivamente una persona mucho más que cuando explota una novela (¡salvo

⁶¹ CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, abril, p. 664.

⁶² CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, abril, p. 664.

⁶³ CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, abril, p. 666.

⁶⁴ *Vid.* CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, abril, pp. 667 y ss.; y mayo, pp. 979 y ss.

⁶⁵ CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, mayo, pp. 983 y ss.

⁶⁶ SALVADOR, *El mercado de las ideas*, cit., p. 382.

que sea autobiográfica!). Obviamente someto este parecer a otro mejor fundado.

Dicho lo cual, parece ocioso el tratamiento de los emancipados y de los incapacitados, que quedan también comprendidos en el citado art. 3 de la Ley 1/1982. En relación con los incapacitados habrá que contar con los arts. 210 y 290 del Código Civil, que nos indican que habrá que atender a la pertinente sentencia a la hora de calificar las situaciones contempladas en el art. 3 aludido ⁶⁷. ¿Puede una persona jurídica disponer de estos poderes jurídicos? La respuesta es netamente negativa, pues ni siquiera cabe concebir que posea intimidad o propia imagen en el sentido que ahora nos ocupa.

Tratemos ahora de la otra parte contractual, esto es, el contratante frente al que se dispone de aspectos de la intimidad o al que se permite explotar la imagen. Como se ha dicho precedentemente, es muy importante consignar con claridad en el texto contractual qué personas físicas o jurídicas quedan facultadas para divulgar o publicar imágenes o noticias, determinando si sólo puede hacerlo la persona que contrata con el disponente u otra u otras que ya se designan en el clausulado. Habrá de consignarse si se pacta con persona a designar o en favor de persona que se designará. Y, por supuesto, si cabe o no cesión de la posición contractual del empresario periodístico o publicitario, en qué condiciones y a qué otras personas. Creo que, en ausencia de pacto, no cabe tal cesión de contrato, incluso si en el momento de que se trate sólo subsisten créditos en favor del mencionado empresario, rigiéndose esta materia, dado su carácter personalista, por criterios ajenos a los arts. 1.205 y 1.526 y ss. del Código Civil. Obviamente cabrá cesión si accede a ella el otro contratante. No cabe pactar transmisión de estos poderes jurídicos a una cantidad indeterminada de destinatarios. Por supuesto, vale el pacto de exclusiva, que es instrumento necesario para preservar el interés económico de la operación ⁶⁸.

3.^º FORMA.—Este contrato, en línea con el principio espiritualista consignado en los arts. 1.278 y ss. del Código Civil, no es formal. Ello no significa que sea aconsejable celebrarlo verbalmente, pues sólo el documento escrito permite controlar su contenido y su alcance, a la vista de que, como sabemos, el Ordenamiento contiene tantas exigencias para su validez en materia de sujetos, objeto, tiempo, etc. El problema del consentimiento tácito es más planteable fuera del contrato que dentro de él: frente a mi opinión, publicada en 1983 ⁶⁹, de que el núm. 2 del art. 2

⁶⁷ CONDE-PUMPIDO (*ob. cit.*) se refiere a ellos junto a los menores. Con relación al derecho derogado, *vid.* GITRAMA, *ob. cit.*, pp. 346-347.

⁶⁸ Sobre esta materia, GITRAMA, *ob. cit.*, p. 341; IGARTUA, *El mercado de las ideas*, *cit.*, p. 325, y *La apropiación...*, *cit.*, pp. 112-113.

⁶⁹ CLAVERIA, *Reflexiones...*, *cit.*, p. 1254.

de la Ley 1/1982 no permite el consentimiento tácito, la tesis dominante defiende que sí vale, aunque presente inconvenientes⁷⁰. Hoy creo que, a pesar de la dicción de la Ley 1/1982, cabe, fuera y dentro del contrato, consentimiento tácito, pero afirmo que, sin consentimiento expreso y escrito, las posibilidades de nulidad son enormes, sencillamente por el comentado carácter riguroso del régimen del contenido de estos negocios. *De lege ferenda yo exigiría la forma escrita ad substantiam.*

4.^º OBJETO Y CAUSA.—Prescindo aquí de la distinción entre objeto y causa del contrato, tratada por mí extensamente en otro lugar⁷¹. En este apartado sólo aludo a que lo pactado sea acorde con el Ordenamiento, no siendo contrario a las leyes imperativas, la moral y el orden público, debiendo atenernos a los arts. 6, 1.255, 1.271, 1.272 y 1.275 del Código Civil⁷², artículos que hoy deben ser interpretados especialmente a la luz de la Constitución⁷³. En esta sede cabe plantear si cabe disponer del honor, lo que niego por oponerse a principios constitucionales (arts. 10 y concordantes de nuestra Ley Fundamental)⁷⁴; por ello siempre he hablado de la intimidad y de la imagen y sólo he aceptado la expresión en el título de mi estudio como cuestión a dilucidar, pues la Ley 1/1982 deja la cuestión abierta, a mi juicio indebidamente. Asimismo cabe plantear si valen los contratos relativos a la pornografía, debiendo, en principio, defenderse la tesis contraria a su validez, a la vista de los citados artículos del Código Civil y de los también mencionados principios constitucionales, siendo, por tanto, aplicables los arts. 1.305 y 1.306 de aquel cuerpo legal: no obstante, aclaro que estas nulidades producidas porque se disponga del honor o se pacte una prestación calificable de pornográfica se declararán rara vez, pues los criterios a aplicar no serán los propugnados por confesión religiosa alguna, sino los extraídos de patrones sociales, debiendo inspirar la actuación del juzgador el pluralismo ideológico y el principio de igualdad: el problema es peliagudo: si reputamos jurídicamente admisible una violenta escena en la que se exhiben insólitas actividades sexuales a causa

⁷⁰ CASAS VALLES, *Derecho a la imagen...*, cit., p. 134; SALVADOR y OTROS, *Libelo contra la Ley del libelo*, Madrid, 1988, pp. 81 y 108; SALVADOR, *El mercado de las ideas*, cit., pp. 380-381; IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., pp. 325-326. GITRAMA, antes de la Ley de 1982, adopta una postura ultracautelosa (*ob. cit.*, p. 340).

⁷¹ CLAVERÍA, *Comentario a los arts. 1274 a 1277 del Código Civil*, cit., *passim*, pero especialmente pp. 542 y ss.

⁷² GITRAMA, *ob. cit.*, p. 342; DE ÁNGEL, *ob. cit.*, pp. 132-133; ESTRADA, *ob. cit.*, p. 84; CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit. p. 1253; y *Comentario a los arts. 1274 a 1277 del Código Civil*, cit., pp. 572 y ss.

⁷³ CLAVERÍA, *Comentario a los arts. 1.274 a 1.277 del Código Civil*, cit., pp. 572 y ss.

⁷⁴ ESTRADA, *ob. cit.*, pp. 78, 79, 81, 87 y 88. Actitud dubitativa muestra el respecto CASAS VALLÉS (*Derecho a la imagen...*, cit., p. 133).

de su valor artístico o de la enjundia de su mensaje ideológico, ¿podremos rechazar una escena igualmente aberrante desprovista de tan excelsas cualidades artísticas o intelectuales? Quede ahí un terreno para la reflexión.

Acerca del objeto de la prestación, propongo la utilización, en los contratos, a causa de su mayor rigor técnico, de las expresiones hoy acuñadas en la nueva Ley de Propiedad Intelectual de 1987: divulgación, publicación, reproducción, distribución, comunicación pública, etc. (arts. 4, 18, 19 y 20 de dicha Ley).

Aclaro, por último, en esta sede, que es inadmisible, al desvelar la propia intimidad, desvelar también la de otras personas sin su consentimiento (contrato en perjuicio de tercero): hecho éste muy frecuente en la hipótesis de libros de memorias en los que conocidos personajes narran sus aventuras sin eludir las menciones de la identidad de quienes les acompañaron en tales vicisitudes; ello permitiría a los afectados el ejercicio de las pertinentes acciones penales o civiles frente a los contratantes.

5.^º TIEMPO.—En el documento contractual deberá pactarse el tiempo de vigencia de la cesión, o la duración máxima, el número de días o semanas en los que se exhibirán las fotografías, etcétera. Salvo facultad consignada en el mismo contrato, no valdrá revocación alguna durante el plazo de vigencia del negocio: si el antes disponente de su intimidad o su imagen se niega a seguir colaborando (no quiere posar, ni recibe al periodista para seguir narrándole su vida, etc.), ante la imposibilidad de cumplimiento y de ejecución *in natura*, se le reputará incumplidor con todas sus consecuencias (las del pár. 2.^º del art. 1.107 del Código Civil); si ya no se requiere su colaboración (por ejemplo, publicación de un retrato ya hecho), revocado el consentimiento antes del plazo, el otro contratante «... puede simplemente seguir ejercitando su derecho en los términos convenidos y no contentarse con el resarcimiento de daños»⁷⁵. Ahora bien, si no se pactó plazo de duración, sí creo que cabe una denuncia (el *recesso* italiano o la *kündigung* alemana) con preaviso una vez que el empresario periodístico o publicitario haya aprovechado el acto dispositivo con arreglo a unos criterios medios de apreciación, de modo que el contrato produzca algún efecto *ex art.* 1.284 del Código Civil (arg. *ex arts.* 1.732 y ss. del citado Código, aplicados por vía analógica *ex art.* 4, núm. 1, del mismo cuerpo legal; tengase asimismo en cuenta el principio que debemos inducir del art. 1.583, inciso 2.^º). Tal vez quepa entonces utilizar también la revocación del art. 2, núm. 3, de la Ley 1/1982. A este supuesto de contrato de duración indefinida o no pactada cabe asimilar el de duración

⁷⁵ GITRAMA, *ob. cit.*, p. 343. En contra, CASAS VALLES, *Derecho a la imagen...*, cit., p. 138. Como dije en 1983, y digo ahora, creo que la fórmula del contrato con duración razonable prefijada excluye la revocabilidad.

desproporcionada, desproporción que, en ausencia de determinación legal, deben detectar los módulos sociales vigentes: yo creo que una duración superior a dos años debe, a estos efectos, reputarse indefinida, cabiendo revocación tras esos dos años (no antes, pues habría ineeficacia parcial, no total). Fuera de esos supuestos, no veo motivo alguno para desligar a esta figura del marco general de los arts. 1.091, 1.256 y 1.258 de nuestro Código Civil. Si creo que cabrá pactar cláusula penal para caso de revocación *ex arts.* 1.152 y ss. del Código mencionado.

La figura del contrato, en cuanto que, entre otras consecuencias, implica irrevocabilidad, muestra su neta superioridad sobre la fórmula de la Ley 1/1982: si hay que proteger al disponente de aspectos de la intimidad o de la propia imagen, protéjasele controlando su capacidad, su libertad y el contenido y el alcance del negocio; pero no desquiciando las previsiones del otro contratante: la revocación con indemnización es, en efecto, una técnica deplorable: el empresario preferirá siempre tener la seguridad de que no habrá revocación y de que se lucrará vendiendo su reportaje a un solvente público de lectores, cosa mucho más segura que esperar que un posiblemente insolvente titular de un derecho le indemnice, indemnización que, al no ser efecto de un incumplimiento doloso, nunca podrá alcanzar la cuantía del pár. 2º del art. 1.107 del Código Civil. La técnica de la Ley de 1982 es incompatible con el *modus operandi* de una empresa, que actúa ateniéndose a previsiones de ingresos y gastos. Lo que parece estar sucediendo en la práctica es ilustrativo: suelen darse contratos de discutible contenido que pretenden luego revocarse caprichosamente por el personaje popular de turno acogiéndose a la Ley vigente, lo que a veces conlleva indemnización. Sin comentarios.

6.º LUGAR.—Me refiero al lugar de ejecución del contrato: no debe el cedente, que espera que sus fotografías aparezcan sólo en un pequeño y alejado ámbito geográfico, verse sorprendido por una difusión gigantesca: recuérdese el art. 1.283 del Código Civil. Por extensión, quien pacta su aparición en una revista científica especializada no debe aparecer en un cartel publicitario en la vía pública.

C) El acto unilateral *inter vivos* sin contenido patrimonial

Este negocio jurídico, al parecer, no ha sido contemplado directamente en la Ley Orgánica 1/1982, pues en ella se alude a la necesidad de indemnizar los daños provocados por la revocación, lo que no se plantea en la hipótesis de autorización sin finalidad económica. Este negocio produce el efecto de convertir en legítimas intromisiones o publicaciones que no lo serían.

Su régimen sería, en principio, el mismo que acabo de proponer para el contrato, salvo en algunos aspectos: cabe revocación sin límite, cabe indeterminación en los destinatarios de la autorización, cabe ilimitación de tiempo y de ámbito geográfico. Se dispone de aspectos de un derecho fundamental, hallándose ahora en la *privacy*, no en la *publicity*, lo que implica —aquí sí— la utilizabilidad de la protección de la Ley 62/1978 y, en su caso, del amparo. Serían aplicables los arts. 1.281 y ss. del Código Civil. No cabe disponer del honor, ni violar los arts. 6, 1.255, 1.271, 1.272, 1.275 y otros antes citados del Código Civil. Aclaro que me refiero a un negocio jurídico, es decir, a una declaración provista de la intención de producir efectos en el campo del Derecho, no a una actitud de mera condescendencia, de difícil interpretación⁷⁶.

D) El acto unilateral *inter vivos* de la Ley Orgánica 1/1982

El acto de disposición previsto en la Ley Orgánica 1/1982, como se ha dicho, es confuso y de difícil comprensión: parece concebirse en principio como un acto legitimador de la intromisión para luego devenir cauce de la explotación económica de imagen e intimidad, al contemplarse la indemnizabilidad de los daños y perjuicios causados por la revocación, incluyendo en ellos las expectativas justificadas (núm. 3 del art. 2). Sin insistir ahora en las críticas que merece la construcción legal, señalo en este apartado que vale, respecto de este acto, lo dicho respecto del anterior, si bien la presencia de remuneración, cuando la haya, me hace pensar en que entonces estamos ante la cesión de unas facultades patrimoniales (como sucedía en el contrato, antes tratado) y no ante la disposición de aspectos de un derecho fundamental, con las consecuencias procesales que esto conlleva. Como dije antes comentando textos de Igartua, en rigor no es esto lo que hizo —*rectius*, quiso hacer— la Ley 1/1982, que contempla actos dispositivos (con posible contenido económico) sobre derechos fundamentales: no obstante, hermenéuticamente «hago decir» a la Ley que, al disponer comercialmente, ya no se dispone de derechos fundamentales. Respecto de la revocación (cuya posibilidad no cabe negar, puesto que está en la Ley), creo que no requiere motivación⁷⁷, pero que cabe aplicarle el art. 7 del Código Civil⁷⁸, no encontrando argumentos para actitudes especialmente restrictivas⁷⁹: escójase el contrato y se evitará este régimen de la

⁷⁶ Aludida por GITRAMA en *ob. cit.*, p. 341.

⁷⁷ CASAS VALLÉS, *Derecho a la imagen...*, *cit.*, p. 136.

⁷⁸ CASAS VALLÉS, *Derecho a la imagen...*, *cit.*, p. 139.

⁷⁹ Como, por ejemplo, la de IGARTUA, en *El mercado de las ideas*, *cit.*, p. 328 (con cita de la sentencia del TS de 16 de junio de 1990).

Ley de 1982. Como en el caso del contrato, creo que vale el consentimiento tácito. Y el destinatario del consentimiento no puede ceder su posición a tercero sin anuencia del autorizante.

Aclaro que también es defendible la tesis de que las figuras del acto unilateral *inter vivos* sin contenido patrimonial y esta que ahora trato [respectivamente apartados C) y D)] se hallan ambas contempladas en la Ley de 1982, que determina la obligación de indemnizar a causa de la revocación como la necesaria consecuencia de que la revocación se dé ante un caso de consentimiento a cambio de remuneración, no dándose, por el contrario, tal indemnizabilidad si no se pactó tal remuneración. Los términos en los que se halla redactada la Ley permiten la duda, pero, subsumible el caso del apartado C) en la Ley de 1982 o no, recibiría el tratamiento que he propuesto líneas antes. Es más, cabe incluso cesión sin remuneración, pero con la finalidad de que sí se enriquezca el cessionario empresario, lo que asimismo podría generar indemnizabilidad por una revocación: entonces lo que entregaría *donandi causa* el titular de la intimidad o la imagen al destinatario sería un valor económico, que se regiría por los criterios de este apartado D), pues el *right of publicity* puede haber sido donado y no necesariamente vendido o permutado: una cosa es ceder gratuitamente aspectos de mi *privacy* a una entidad para que ella reparta gratuitamente información sobre los daños del alcohol o de la heroína y otra cosa es ceder gratuitamente fotografías de mi boda a la revista que dirige un amigo para que se lucren los accionistas y me lo agradezcan eternamente, lo que constituiría una cesión *donandi causa* (eludo el tema de la naturaleza contractual de la donación) de mi *right of publicity*.

E) El acto *mortis causa*

Por último, es posible disponer en un testamento que, por ejemplo, un heredero o un legatario puedan explotar la intimidad o la propia imagen del testador, siempre que se den los requisitos que he reputado exigibles en caso de contrato (no en los casos de acto unilateral *inter vivos*, que permiten más amplitud, al cabr revocación, pues ésta no cabe tras la muerte del disponente, salvo que se les confiriese ese poder revocatorio a dichos heredero o legatario o a un albacea). Cabe también disponer en testamento en favor de una sociedad periodística o publicitaria de aspectos de mi intimidad o mi imagen con la finalidad de que entregue la remuneración a mi heredero, a mi legatario, o a un pariente o a una fundación, etc. Esto es, caben muchas posibilidades y modalidades que pueden formar parte del contenido del testamento.

Respecto del régimen jurídico de estas determinaciones, reputo válido, en general, lo dicho en relación con los actos *inter vivos*,

siendo aplicables, en su caso, artículos como el 663, el 688, el 767, el 880 y el 902 del Código Civil. Respecto de la interpretación del testamento, clave de la comprensión del alcance de estas cláusulas, *vid.* el art. 675 (en relación con otros, especialmente el 773) del mismo cuerpo legal. Parece que, tras la muerte del titular, su honor, su intimidad o su imagen no merecen la calificación de derechos fundamentales. Es muy probable que los poderes del difunto se hayan conferido por éste a la misma persona encargada de defender tales intereses *ex arts. 4 y ss.* de la Ley 1/1982; pero no veo necesario que así sea⁸⁰. El tratamiento de estas determinaciones testamentarias merecería, por sí sólo, un trabajo específico.

VI. CONCLUSIONES

De todo lo dicho cabe extraer varias conclusiones, pero creo que el lector inteligente ya las tiene presentes. Sólo explícito cuatro: las dos primeras son puntualizaciones; las otras dos parecen deseos.

1.^a Mi concepción respecto de la construcción de los actos dispositivos sobre esferas de la intimidad y la propia imagen efectivamente no coincide con ninguna de las cuatro enunciadas a principio del apartado IV de este estudio: algunos de los actos (los que recaen sobre verdaderos derechos fundamentales) encajan en la segunda; otros (los que recaen sobre intereses patrimoniales), en una variedad de la cuarta: no encajan exactamente en ella porque aún no existe en nuestro Ordenamiento un derecho patrimonial de la imagen o de la intimidad legalmente tipificado.

2.^a En materia de figuras negociales de disposición de aspectos o facetas atinentes a la intimidad y a la imagen, *de iure condito* cabe distinguir, como he expuesto, el contrato, el acto unilateral *inter vivos* sin contenido patrimonial, el acto unilateral *inter vivos* de la Ley de 1982 y el acto *mortis causa*; la primera y la última figuras no se contemplan en la citada Ley; la tercera, obviamente sí; y la segunda, directamente no, pero cabe defender que también quepa en ella, al menos en algún precepto. Ahora bien, la primera y la cuarta recaen sobre facultades que no son derechos fundamentales; la segunda, sobre derechos fundamentales; y la tercera, a mi juicio, recae sobre facultades que no son derechos fundamentales; pero los desconcertados redactores del texto legal la construyeron como figura que sí afectaba a tales derechos, pues

⁸⁰ Sobre el sentido y el alcance de los arts. 4 y ss. de la Ley Orgánica 1/1982, aprovecho el estudio de mi discípula Ana Laura CABEZUELO titulado *Notas sobre la protección de la personalidad de las personas fallecidas*, pendiente de publicación, que amablemente me cede en versión mecanografiada.

—empleemos términos anglosajones para abreviar— no distinguieron *privacy* y *publicity*: haciendo yo una interpretación correctora para evitar efectos absurdos (tratar como derecho fundamental un interés económico), entiendo que, cuando la Ley alude a actos dispositivos de contenido económico, sale de la *privacy* y entra en la *publicity*: recuérdese al prestigioso autor que cree que ésta no resulta contemplada en la Ley y que niega que la Ley se refiera a actos dispositivos sobre aquélla, lo cual no casa con el texto legal, que sí habla de indemnizaciones: parodiando a Don Quijote, normas de esta índole no son inteligibles ni por Aristóteles «... si resucitara para sólo ello».

3.^a Destaco la urgente necesidad de sustituir la Ley 1/1982 por otra Ley Orgánica de mayor claridad, calidad y sencillez y de elaborar además una Ley —quizá no necesariamente orgánica— relativa a los actos de explotación económica de la imagen y la intimidad, creando o no un *right of publicity* español; podría llevarse a término esa tarea cuando se elaborara la Ley —también orgánica— que sustituya a la 62/1978.

4.^a Mientras tanto, sólo me cabe desear a los Jueces españoles que sigan caracterizándose por su sentido común cuando tengan que enfrentarse a este tipo de litigios, actuando sin olvidar los principios constitucionales y jurídico-privados y sin obsesionarse por la aplicación literal de algún que otro precepto legal que probablemente resulte desmentido por otro precepto legal adyacente.

LA EXTINCIÓN POR CONFUSIÓN DE DERECHOS Y SU REPERCUSIÓN EN LA RELACIÓN OBLIGATORIA SOLIDARIA

JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. PREVIO: EL SUPUESTO DE HECHO DE LA CONFUSIÓN COMO CAUSA EXTINTIVA. LA INCIDENCIA DE ESTE MODO EXTINTIVO EN LAS RELACIONES OBLIGATORIAS CON PLURALIDAD DE SUJETOS.—2. LA EXTINCIÓN POR CONFUSIÓN DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA LA CODIFICACIÓN. 2.1. Derecho romano. 2.2. *Ius Commune* y Derecho de la Edad Moderna.—3. LA CODIFICACIÓN Y SUS SOLUCIONES.—4. LA SOLUCIÓN ESPAÑOLA. 4.1. Antecedentes del Código civil. 4.2. El Código civil de 1889. La solución actual. 4.3. La eficacia parcial de la confusión. Posible planteamiento conforme al articulado de nuestro Código. 4.4. La confusión en el Código civil. La antinomia del artículo 1.194 y del 1.143. 4.4.1. La relación externa. 4.4.2. La relación interna. El regreso y la subrogación. 4.5. Consecuencias que se derivan según se mantenga la tesis de la eficacia colectiva o parcial de la confusión.

1. PREVIO: EL SUPUESTO DE HECHO DE LA CONFUSIÓN COMO CAUSA EXTINTIVA. LA INCIDENCIA DE ESTE MODO EXTINTIVO EN LAS RELACIONES OBLIGATORIAS CON PLURALIDAD DE SUJETOS

La confusión como causa que provoca la extinción de la obligación (*rectius*, relación obligatoria) se halla mencionada en el elenco de modos extintivos que el artículo 1.156 del Código con-

templa, y del cual, respecto a la confusión, pretenden ser desarrollo los artículos 1.192 a 1.194 del citado texto.

Enfrentarse a la complejidad técnica y práctica que este modo extintivo suscita requiere, para poder avanzar con seguridad, la delimitación de su supuesto de hecho. Para ello debe evitarse el recurso a la inversión dogmática como método de construcción, y partir del hecho jurídico, en cuanto dato positivo, al que el propio Código brinda efectos extintivos; afirmación que exige la interpretación sistemática de los artículos 1.156, 1.192 y 1.023 del Código.

En esa dirección confluyen tres realidades diversas que se compenetran e interrelacionan para formar el supuesto de hecho complejo de este modo extintivo. En primer lugar, existe la denominada confusión nominativa, esto es, la confusión de las cualidades (o conceptos en la dicción que el artículo 1.192.1 utiliza), en sí misma insuficiente para generar la atribución de efectos extintivos. En segundo lugar, aparece la confusión patrimonial, contemplada *a contrario* por el apartado tercero del artículo 1.023, que suele presentarse como una de las consecuencias necesarias del fenómeno sucesorio. Por último, el artículo 1.156, que encabeza el Capítulo IV del Título I del Libro IV destinado a la extinción de las obligaciones, nos sitúa ante un tercer sentido de la voz confusión: la confusión de *los derechos* de acreedor y deudor. Dicha expresión precisa, a mi entender, un doble comentario.

Es, sin duda, desafortunado referir la extinción de la relación obligatoria por la concentración de las titularidades de acreedor y deudor con la denominación de confusión de *derechos*. Si bien es posible predicar del acreedor la titularidad de un derecho subjetivo, resulta erróneo hacer lo propio del deudor¹.

No obstante esta impropiedad terminológica², la virtualidad de dicha expresión estriba en delimitar el supuesto de hecho complejo de la confusión. De acuerdo con ello, la relación obligatoria sólo se extingue por confusión cuando las titularidades antagónicas se acumulan en un solo sujeto³ y en un único patrimonio.

¹ Asimismo se debe huir de la equiparación entre crédito-derecho subjetivo y deuda-deber jurídico, puesto que como se ha advertido (DÍEZ-PICAZO, L., «El contenido de la relación obligatoria», *ADC*, 1964, pp. 349 y ss.) más que de crédito y deuda es preciso analizar la situación jurídica de crédito y de deuda.

² Denominación que sí se aviene con el supuesto de hecho de la consolidación como modo de extinción de los derechos reales, por cuanto el supuesto de hecho de ésta precisa de la concentración de dos titularidades activas: el dominio y un derecho real en cosa ajena, desapareciendo este último por mor de la cualidad elástica de la propiedad.

³ Ya sea el que ostentaba la cualidad contraria o un tercero, en virtud, en este último caso, de un supuesto de comoriencia (*ex art. 33 C.c.*) o del juego del *ius Transmisionis*.

De ese modo, en la generalidad de los casos, la desaparición de la dualidad subjetiva de la relación obligatoria producirá la extinción por confusión, al darse cita los conceptos antitéticos en el mismo patrimonio. En esa dirección es como se debe entender lo dispuesto en el apartado primero del artículo 1.192 del Código.

Sin embargo, existen supuestos, y el propio Derecho los admite⁴, en que, pese a la anomalía estructural que supone una relación unipersonal, esa relación es todavía útil como cauce de canalización de intereses económico-sociales. Por consiguiente, aun producida la confusión nominativa, y en aras de los intereses subyacentes y dignos de tutela, se arbitra una distinción patrimonial (cfr. art. 1.023.3 C.c.) que, en connivencia con el fundamento de la extinción por confusión (la total ausencia de utilidad de la relación obligatoria como canal de cooperación), evita la desaparición de la relación⁵. De esa forma, se comprende por qué el Código, en el apartado segundo del artículo 1.192, afirma que en la herencia aceptada a beneficio de inventario se exceptúa esta confusión del efecto extintivo. Lo que se desea manifestar consiste, precisamente, en poner de relieve cómo el heredero beneficiario sucede en las titularidades activas y pasivas de su causante y que, no obstante esa confusión nominativa, la confusión de derechos no acontece. Ello se debe a que en la aceptación beneficiaria, la utilidad de la relación unipersonal se conecta inextricablemente con la finalidad que persigue el beneficio. Si con éste se pretende una ordenada liquidación del caudal hereditario para satisfacer con él a acreedores y legatarios, a la vez que limitar la responsabilidad del heredero o herederos a lo recibido, corolario lógico de todo ello lo constituye la no extinción por confusión.

Proclamar la extinción por confusión de los créditos del heredero contra el *de cuius* supone menoscabar la limitación de responsabilidad del heredero a lo recibido, pues la desaparición de dichos activos patrimoniales merma la integridad de su patrimonio privativo, a la vez que, en tanto dichos créditos no se le satisfagan, el caudal relicto no se halla totalmente liquidado, pues, sin duda, los créditos del heredero contra el finado constituyen deudas hereditarias.

A la inversa, la extinción de los créditos del *de cuius* contra el heredero beneficiario supondría la volatilización de un activo

⁴ Así la hipótesis de la aceptación beneficiaria contemplada en el 1.192.2 del Código o la sustitución fideicomisaria universal prevista en el artículo 240 del Código de sucesiones catalán de 30 de diciembre de 1991.

⁵ En ese orden de ideas, y respecto a las relaciones obligatorias que mediaban entre causante y heredero/s, cabe acercarse no sólo al beneficio de inventario, sino también a las hipótesis de sustitución fideicomisaria universal y a la institución del beneficio de separación, en aquellos ordenamientos en que se admite (en ese sentido confróntese la Ley 319 de la Compilación de Navarra).

patrimonial con el que cuentan los acreedores hereditarios para su satisfacción.

La acumulación de personas en el polo subjetivo de la relación obligatoria puede ordenarse de diversas formas. Esa ordenación influye, de modo necesario, en un modo de extinción como es la confusión, en el que el fundamento no es otro que la falta de interés en mantener con vida la relación y que precisa, como antecedente necesario, una anomalía estructural: la desaparición de la dualidad subjetiva.

El Código conoce dos formas de organizar la pluralidad de sujetos que se presentan en el polo activo o pasivo, o incluso en ambos. La primera, la mancomunidad, se escinde, a su vez, según el objeto de la relación obligatoria, esto es, la prestación, sea divisible o indivisible.

En la primera hipótesis el Código, a diferencia de lo que acaece en los demás Códigos decimonónicos, destina un precepto, el artículo 1.194, a normar las consecuencias de la verificación de la confusión en una relación obligatoria mancomunada divisible. Precepto que, como a continuación se observará, deriva su existencia de una falta de coordinación entre la solución que para la solidaridad se pretendió establecer en el Anteproyecto de 1888 y que hizo tránsito al Código vigente, y la respuesta que el Proyecto isabelino de Código civil mantuvo para la confusión en sede de solidaridad. Génesis y evolución del citado precepto que permite comprender por qué el Código, a diferencia de sus homónimos, dedica un artículo a la confusión en la mancomunidad divisible.

En cambio, la indivisibilidad con pluralidad de sujetos (mancomunidad indivisible) es tratada en el Código de forma *original*⁶. Separándose del influjo de los Códigos francés e italiano, el Código español desecha la reconducción de la indivisibilidad a la solidaridad⁷ y entiende aplicable a la relación obligatoria indivisible con pluralidad de sujetos el régimen de las obligaciones en *mano común*, no obstante tratarse de especies diferenciadas⁸. La estructura que puede inducirse de la regulación del Código civil estriba en una sola relación obligatoria en la que la titularidad

⁶ En ese sentido R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Las obligaciones divisibles e indivisibles», *ADC*, 1973, p. 508.

⁷ No obstante, existen todavía muestras de la equiparación entre indivisibilidad y solidaridad, que permanecen en nuestro texto vigente como arrastres históricos de la solución propugnada por el Proyecto de 1851. En ese sentido pueden examinarse los artículos 1.772 y 1.084.2 del Código.

⁸ Lo que hace el Código es atribuir el régimen diseñado para las obligaciones en *mano común*, las cuales pueden ser divisibles o indivisibles, a las mancomunadas indivisibles. Afirmación que vendría corroborada por la palpable similitud que se observa entre la respuesta escogida por el artículo 1.139 del Código y el § 432 del BGB para obligaciones distintas.

activa y/o pasiva del único vínculo crédito-deuda que la integra, corresponde al grupo o mancomún.

La adhesión a este planteamiento determina la respuesta a la problemática que la confusión suscita en las relaciones mancomunadas indivisibles. Impropiamente puede decirse que si sobreviene en un sujeto la reunión de las cualidades de deudor y acreedor (aquí radica la impropiedad) no se verifica la confusión. La explicación de esta negativa pasa por advertir que la concentración de ambos conceptos antagónicos en ese sujeto es impracticable, porque quien los ostenta no es el sujeto confundido (*sic*), sino el grupo⁹.

Advertida la importancia que la confusión de derechos presenta cuando se proyecta en las relaciones obligatorias con pluralidad de sujetos, el presente estudio se dedica al examen de la verificación y eficacia de la confusión como causa extintiva de la relación obligatoria solidaria.

2. LA EXTINCIÓN POR CONFUSIÓN DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA LA CODIFICACIÓN

2.1. Derecho romano

En el Derecho romano el estudio de las formas de modificación y de extinción de las obligaciones exigía tener presente la distinción entre obligación correal y solidaria. De acuerdo con ello, los modos extintivos y modificativos actuaban de manera diversa según se proyectasen sobre una obligación correal o solidaria¹⁰. En las primeras, al ser característica de éstas la unidad del vínculo obligatorio cualquier hecho extintivo o modificativo extinguía la obligación con eficacia *erga omnes*. En cambio, en la solidaridad solamente gozaba de efectos extintivos frente a todos el pago o *solutio* y aquellos actos equiparados al mismo.

De todas formas, el hecho de aceptar esta distinción es en sí discutible por cuanto también es posible entender que la correabilidad no es una especie de solidaridad sino que son dos etapas

⁹ A. HERNÁNDEZ GIL («La solidaridad en las obligaciones» *RDP*, junio, 1946, p. 398) se pronuncia en el mismo sentido al afirmar que «el acreedor o deudor aislado nada significan; constituyen un grupo, y es el grupo, el conjunto, al que corresponde no sólo la titularidad, como hemos dicho, sino el ejercicio del crédito».

¹⁰ En la correal se entiende que existe una unidad de vínculo, a pesar de la concurrencia de varios sujetos, y, en consecuencia, al ser única la obligación la *litis contestatio* la extinguía. La obligación solidaria se concepturna como aquella otra en que aparece una pluralidad de vínculos y la *litis contestatio* no posee esa eficacia *erga omnes*. HERNÁNDEZ GIL, A. op. cit, p. 400. MIQUEL, J. «Lecciones de Derecho Romano», Madrid, 1984, pp. 237 y ss.

diversas de la solidaridad¹¹ y que lo que sucede es que en la época clásica la *litis contestatio* extinguía con eficacia general la obligación mientras que en la época justiniana perdió su carácter novatorio¹².

Del examen de las fuentes de conocimiento romanas es posible constatar cómo la confusión, como modo extintivo de las obligaciones, actúa de forma desigual según el período en el que nos situemos. En el período clásico, si admitimos la distinción correabilidad-solidaridad, la confusión debería gozar en las primeras de eficacia colectiva o general¹³, mientras que en las obligaciones solidarias dependería de la conceptualización que de la confusión hicieran los juristas clásicos. Para aquellos jurisconsultos que equiparaban la confusión a la *solutio*, este modo extintivo extinguía la total obligación¹⁴. Por contra, si la confusión se conceptuaba como un modo extintivo autónomo que podía explicar sus efectos sin necesidad de recurrir al manto protector de la *solutio*, su eficacia era meramente personal.

En la época justiniana son destacables dos notas. La primera es que la solidaridad solamente se admite como regla excepcional¹⁵ y la segunda consiste en la consagración como válida de la

¹¹ HERNÁNDEZ GIL, A. op. cit, p. 402. MIQUEL, J., op. cit, pp. 207 y ss. Pone de relieve este romanista que correabilidad y solidaridad son, en realidad, dos denominaciones que se refieren a la misma institución pero poniendo el acento una en los sujetos (correabilidad) y otra en el objeto único (solidaridad).

¹² A. HERNÁNDEZ GIL recoge la opinión de Ascoli («Le obbligazione solidali» 1890) y considera que correabilidad y solidaridad no son dos categorías distintas, sino el régimen clásico y justiniano de una sola institución: correabilidad o solidaridad, como quiera decirse. JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, Barcelona, 1937, p. 304. Consideran estos insignes romanistas que desde Justiniano (C. 8,40,28,2) los casos de la (antigua) correabilidad pasiva han de considerarse como de solidaridad simple. El Codex 8,40,28,2. pone de relieve este cambio: «... Idemque in duabus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praiejudicium creditori adversus alium fieri non concedenter, sed remanere et ipsi creditori actiones integras, et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. Si enim pactis conventis hoc fieri concediture, et in usu quotidiano semper hoc versari, adscipimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec suplicitas suspicentium contractus ex quacumque parte possit ius creditoris mutilare?» En idéntica dirección sobre la eficacia de la *litis contestatio* MIQUEL, J., *ibid.*

¹³ ENNECCERUS, L. KIPP, Th. y WOLFF, M. «Tratado de Derecho Civil» t. II, I, trad. española, Barcelona, 1954, p. 457. Entiende M. WOLFF que la eficacia colectiva de la correabilidad se excepcionaría para la confusión, el *pactum de non petendo in personam*, el *pactum in rem*, la *in integrum restitutio* y la *praescriptio*.

¹⁴ ALBERTARIO, A.; «Corso di Diritto Romano. Le obbligazione solidali», Milano, 1948, p. 170. Este autor ha sostenido que era dudosa la eficacia de la confusión en el período clásico, por entender que algunos juristas paragonaban la confusión con el pago, atribuyéndole, en consecuencia, una eficacia general. En cambio C. LEFEBVRE (*De la Confusion dans les obligations et les droits réels*, Paris, 1871, p. 25.) en el estudio de la confusión en el Derecho romano rechaza que en las fuentes se asimilase confusión y pago.

¹⁵ En D. 45,2,2,1 y 2 se ha mantenido como regla excepcional la solidaridad. En cambio, en el período clásico se ha discutido si la solidaridad era regla o excepción.

opinión de Paulo respecto a la confusión¹⁶. De acuerdo con la opinión de este jurisconsulto, la confusión goza de un alcance personal y no trasciende, por consiguiente, a los demás deudores o acreedores solidarios¹⁷. Esto es, se extingue tan sólo la obligación de aquel en quien se han reunido las dos cualidades antagónicas, pero pudiendo el acreedor solidario exigir el todo o solamente la parte que le correspondiese si mediaba entre ellos pacto de sociedad (en este último caso tiene no sólo un alcance personal sino también parcial por cuanto el otro deudor no queda obligado a realizar toda la prestación).

Asimismo, los pasajes romanos enseñan que el supuesto de hecho de la confusión no se realiza y, por tanto, no tiene lugar el efecto extintivo cuando se concentran en un mismo acreedor o deudor solidario la misma cualidad que ostentaba¹⁸. Al no concentrarse cualidades antitéticas o contradictorias sino idénticas, los jurisconsultos romanos consideraron que la obligación no desaparecía. De este modo, la coincidencia en el mismo sujeto de los conceptos de deudor solidario es declarada compatible en Digesto 45,2,13¹⁹ y lo mismo acaece cuando una persona concentra sobre sí las dos cualidades activas²⁰.

ción. A favor de la solidaridad como regla se pronunciaron P. BONFANTE (*Instituciones de D. Romano*, trad. española, Madrid, 1929, pp. 301 y ss.) y B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, t. II, Madrid, 1871, p. 96). Señala este último autor que mientras que la obligación correal era por Derecho romano la regla, la obligación prorrataeada constitúa la excepción.

¹⁶ Digesto 46,1,71. «... sed quum de rei promittendi sint, et alteri heres extitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exenta, confusa obligatione. Et puto, aditione hereditatis, confusione obligationis eximi personam; sed et accesiones ex eius persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut quemadmodum incipere alies non possunt, ita nec remaneant. Igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari...».

¹⁷ En idéntico sentido CAFFARENA LAPORTA, J. «La solidaridad de deudores», Madrid, 1980, p. 228.

¹⁸ J. GIORGI *Teoría de las Obligaciones*, vol. VIII, traducción española, Madrid, 1981, pp. 160, 181 y ss.) califica a estos supuestos de confusión acumulativa.

¹⁹ «Generaliter Julianus ait, eum, qui heres extitit ei, pro quo intervenerat, liberari ex causa accessionis, et solummodo quasi heredem rei teneri. Denique scripsit, si fideiussor heres extiterit es, pro quo fideiussit, quasi reum esse obligatum ex causa fideiussionis liberari, quasi reum esse obligatum, ex causa fideiussionis liberari; reum vero reo succedenter ex duabus causis esse obligatum. Nec enim potest reperiri quae obligatio, quam perimat, at in fideiussione et differentia est obligationum, potest constitui, alteram per alteram perimi, quem vero duae eiusdem sint potestatis, non potest reperiri, cum altera potius, quam altera consumeretur. Referit autem haec ad speciem, in qua vult ostendere, non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant, est autem species talis: si reus promittendi reo promittendi heres extiterit, duas obligationes sustinet...».

²⁰ D. 46,3,93 (Scaevela): «Si duo rei sint stipulandi, et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur obligatio. Placet, non confundi...».

A. ALBERTARIO (op. cit, p. 169) ha afirmado que el acreedor supérstite continúa siendo acreedor *iure proprio* y que deviene acreedor *iure hereditario*.

2.2. *Ius Commune* y Derecho de la Edad Moderna

Con la glosa y los comentaristas la confusión es reconducida a la *solutio*. No obstante, esta asimilación decae en el supuesto de la solidaridad, donde glosadores y postglosadores exceptúan sus postulados para adecuarse a lo que se dispone en el Digesto (concretamente en D. 46,1,71), es decir, a la opinión de Paulo favorable al alcance personal de esta causa extintiva.

De esta forma, lo que en las fuentes romanas constituía un mero efecto económico se equipara en la época intermedia a un pago ficticio²¹. En ese orden de ideas, Accursio en la glosa al D. 21,2,41,2, lo refleja al afirmar que *Iuris fictione quia pro eodem habetur ac si per iudicem hereditati fieret solutio ab herede*²². De todos modos, la glosa accursiana no es en sí capaz de responder de forma adecuada y homogénea a todos los aspectos que la confusión plantea al producirse, y, en determinadas ocasiones, considera que este modo extintivo no goza de la fuerza de un pago real o ficticio²³, entre otros motivos, para evitar la contradicción con el texto del Pandectas (D. 46,1,71) en que, a diferencia de la *solutio*, se predica la eficacia personal de la confusión²⁴.

En ese mismo sentido se orientan las opiniones de los grandes maestros postglosadores. Sin embargo, en ellos es posible observar una determinada construcción teórica que intenta explicar y armonizar el funcionamiento de esta causa extintiva²⁵. Para Bártolo de Saxoferrato la confusión conlleva una ficción, es decir, este modo de extinción se asimila a una *ficta solutio*. Por consiguiente, dice Bártolo, la ficción decae si en la sucesión se produce, con esta equiparación, un daño al heredero o bien se origina un lucro para éste²⁶ porque la ficción no tiene ra-

²¹ También se recoge esta asimilación en las glosas al D. 46,1,50, 34,3,21,1 y 36,1,59. Ver ALBERTI, A., *Le obbligazioni solidali sorgente da stipulazione correale nella dottrina del Diritto intermedio*, Torino, 1937. En concreto la parte tercera: «Dalla Glossa Accursiana agli scolastici», pp. 247 y ss.

²² ACCURSIUS, «Digestum vetus» *Corpus Iuris Civilis. Iustinianei cum Commentariis Accursii*, Lugduni, 1627, folios 1998-9.

²³ ALBERTI, A., op. cit., p. 250; *ibidem*.

²⁴ ACCURSIUS, ult. loc. cit, excepcionó la equiparación al pago afirmando que «sed tamen non per omnis obtinet successio vim solutionis verae vel fictae». Como se observa, los casos más claros en que la reconducción de la confusión al pago es inoperante lo constituyen la solidaridad (D. 46,1,71) y la fianza (D. 46,1,21,4). En este último supuesto se diferencia la confusión del pago en que ésta no da lugar al nacimiento de una acción de mandato.

²⁵ ALBERTI, A., op. cit, p. 250.

²⁶ BARTOLUS A SAXOFERRATO, «In Secundam Digesti Novi Partem Commentaria», Augustae Taurinorum, 1589, folio 100. Enseña Bártolo que «Successio vim solutionis habet, quod ex hoc nullum incommodum patitur haeres... sed cum esset duo rei haberet incommodum, si haberet vim solutionis successio» (Al D. 46,1,71). Asi-

zón de ser cuando cesa la equidad, en virtud de la cual se introdujo²⁷.

Todo ello conduce al insigne comentarista a excepcionar la ficción de la confusión como pago ficticio en el supuesto del D. 46,1,71 y admitir, por tanto, el efecto personal de ésta.

En mi opinión, pese a no ser la confusión un pago, es loable que Bártolo intente justificar con argumentos materiales el decaimiento de la equiparación con el pago. Lo que, a mi entender, es negativo es que, con base en el comentario de estos maestros²⁸, algunos autores hayan entendido, con posterioridad, al decirse que la sucesión exime a la persona de la obligación, que ésta no se extingue sino que tan sólo se trata de un mero impedimento formal al ejercicio de la acción crediticia²⁹.

De la misma opinión que Bártolo fue Baldo de Ubaldi quien justifica, en sus comentarios, el alcance solamente personal, precisamente, por el rechazo de la reconducción de la confusión a una *ficta solutio*³⁰.

También resulta destacable que, al igual que en el Derecho romano, la reunión de dos conceptos idénticos no comporte la confusión. En ese sentido se pronuncian Bártolo, en el comentario al D. 45,2,3 donde declara dicha concentración compatible³¹, y Baldo, quien justifica la no extinción en la igual fuerza de las dos cualidades que se concentran. En cambio, cuando Baldo examine la reunión de la cualidad de deudor y fiador utilizará el mismo razonamiento y declarará la extinción de la fianza por ser esta obligación más débil que la principal³².

mismo en el comentario que hace al D. 46,3,95,3 (op. cit, folio 120), donde señala que «*Additio hereditatis extinguit obligationem iure confusionis, quando heres per hoc non damnificatur*».

²⁷ Esclarecedor de la razón de la equiparación de la confusión al pago, resulta, sin duda, el siguiente comentario de Bártolo al D. 41,3,15: «*Pone ergo, quod si successio habetur loco solutionis, haeres meus incurrit damnum, certe talis fictio no habet locum, quia cessat aequitas, ex qua fuit introducto talis fictio... Item quid si successio habetur loco solutionis, haeres lucraretur? Certe no habebitur loco solutionis, quia aequitas, ex quo fuit introducto fictio, fuit no haeres damnum pateretur, nam ut lucrum caperet... Et praedictis patet, causa fictionis est aequitas, ubi cessat aequitas, cessat fictio*» (BARTOLUS A SAXOFERRATO «In Primam Digesti Novi Partem Commentaria», Augustae Taurinorum, 1589, folios 119 y ss).

²⁸ Sobre todo al D. 46,1,71 cuando Bartolo afirma que «*Si creditor succedit debitoris quis est unus tim, quod successio eximit personam ab obligatione*» (BARTOLUS A. SAXOFERRATO, «In Secundam...», folio 100).

²⁹ De ahí surgió la doctrina francesa, seguida por los comentaristas italianos del primer Código, consistente en negar a la confusión su eficacia extintiva, al señalar que, más que extinguir la obligación, el efecto que lleva consigo la confusión es la paralización de la acción crediticia.

³⁰ BALDUS DE UBALDI, «*Baldus Super in Fortiati*», *Digesto Novo*, Lugduni, 1541, al D. 46,1,71, folio 28.

³¹ BARTOLUS A SAXOFERRATO, «*In Secundam...*», folio 76.

³² BALDUS DE UBALDI, «*In Lib. VII, VIII, IX, et XI Codicis Libros Com-*

Continúan con esos mismos postulados, en la Edad Moderna, Donello³³, Cuyacio³⁴ y Socino³⁵. También Pothier en el siglo XVIII se cuestionó el alcance y eficacia de la confusión respecto de la solidaridad. El eminent jurista, en el examen de un supuesto de solidaridad pasiva, se planteó qué ocurría si uno de los deudores solidarios heredaba al acreedor, a lo que respondió que la deuda no se extinguía respecto a los restantes deudores, sino que permitía al acreedor exigirles el montante que resultaba de restar la parte o porción en que había tenido lugar la confusión. E igual solución mantuvo para la solidaridad de acreedores³⁶.

La justificación a esta limitación del alcance de la confusión la encontraba Pothier en la doctrina de la *exemptio personae*, esto es, se decía que la confusión más que extinguir la obligación lo que hacía era eximir a la persona del deudor³⁷.

mentaria», Venetiis, 1586, a la Ley 24 del Título De fideiussoribus et mand. del Libro VIII del Codex. Baldo explica la extinción de la fianza por la mayor fuerza de la cualidad de deudor: «Ratio est, quia sunt relative opposita, quia sunt ut principalis, et ut non principalis... et limita hoc lege, nisi obligatio fideiussoria esset fortior principalis, qua tunc non extinguit...», mientras que Bartolo justifica con el mismo argumento la compatibilidad de dos cualidades iguales (BARTOLUS A SAXOFERRATO «In Secundam ...» al D. 45,2,13, folio 76): «Duas obligationis paris potentiae invicem non tolluntur, sed magis potens tollit minus potentem, hoc dicit. Quaero, si habeo istas duas actiones, an passim unam intentare ad unam partem et aliam actionem ad aliam partem.»

³³ DONELLUS, H., «Opera Omnia», *Commentariorum de Jure civili*, t. IV, Lutetiae, 1764, pp. 629 a 638.

³⁴ CUIACIUS, I., «Opera Postuma» in Lib. XXVIII Quaest. Papin. t. IV, Lutetiae Parisiorum, 1668, p. 746. Distingue según las cualidades idénticas que se concentren sean de igual o diferente fuerza. En el primer caso subsisten ambas, en el segundo se extingue la más débil.

³⁵ SOCINUS, M. (Iunoris), «Secunda Pars Consiliorum», Lugduni, 1550. Consilium CLXX n. 1 y ss., p. 262. Entiende Socino, al igual que los comentaristas antes citados, que la ficción con el pago decae en los casos en que se causa un daño. Así afirma que «Vel etiam secundo dici potest, quod per aditionem haereditatis factum a creditore, vel debitore haereditaria, non confundatur obligatio, quando illud esset aliquo modo damnosum adecuati: tunc enim ne damnum patiatur adiens, obligatio extinguitur non confusione, sed imaginaria quadem solutione, secundum quod declarant Bartolus, Paulus de Castro, Imola...».

³⁶ POTIER, R. J., «Traité des Obligations», en *Oeuvres*, Paris, 1825, núms. 276 y 645. «Lorsque l'un des débiteurs solidaires est devenu l'unique héritier du créancier, la dette n'est point éteinte contre les autres débiteurs: car la confusion magis personam debitoris eximit ab obligatione, quam extinguit obligationem. Mais ce débiteur, devenu héritier du créancier ne peut exiger de autres débiteurs que sous la déduction de la part dont il en est tenu vis à vis d'eux; et s'il y en a quelqu'un d'insolvable. Il en est de même dans le cas inverse, lorsque le créancier est devenu l'unique héritier de l'un des débiteurs solidaires... que lorsqu'il se fait confusion de la dette en la personne de l'un des débiteurs solidaires, l'autre ne demeure obligé que sous la déduction de la part pour laquelle il aurait eu recours contre celui en la personne de qui la confusion s'est faite...».

³⁷ Afirmación que no necesariamente debía entenderse en el sentido de negar a la confusión su efecto extintivo —como hizo F. LAURENT, entre otros—, sino que lo

De este modo, a diferencia de la solución romana (D. 46,1,71) en que la eficacia era personal y el acreedor podía dirigirse contra los restantes codeudores solidarios por el todo, salvo que mediase pacto de sociedad, Pothier propugnaba que los demás codeudores seguían obligados (... *la dette n'est point éteinte...*)³⁸; no obstante, solamente respondían del total menos la cuota de aquel en quien habían recaído las dos cualidades y por si el acreedor pretendía desconocer esos efectos se dotaba a los deudores de una excepción personal. Por ello, es posible sostener que con Pothier se atribuye a la confusión una eficacia frente a todos los deudores solidarios aunque con una medida diferente según se trate del deudor cuya cualidad se había confundido con la del acreedor (eficacia total) o de los demás deudores (eficacia parcial)³⁹.

3. LA CODIFICACIÓN Y SUS SOLUCIONES

Las enseñanzas de Pothier respecto a la confusión son elevadas a rango de ley por el Código civil francés. En sus artículos 1.209 y 1.301⁴⁰, distanciándose de la respuesta romana, se brinda solución legal a la confusión y, en concreto, al alcance de la eficacia de este modo extintivo cuando incide en la relación solidaria.

Del examen conjunto de ambos preceptos salta a la vista que la eficacia que el Código atribuye a la confusión es tan sólo parcial. Esto es, operada la confusión entre un acreedor solidario y uno de los deudores solidarios, o a la inversa (*vid. art. 1.209*), se extingue la concreta obligación solidaria, pero se mantiene viva la total relación obligatoria; no obstante, ve reducida su prestación. Por ello, más que ante un supuesto de extinción, nos enfrentamos ante un caso de modificación del objeto de la relación.

A diferencia del Derecho romano, en el que la eficacia de la confusión era personal, es decir, se liberaba al deudor en quien sobrevenía la confusión (*eximit personam*, *vid. D. 46,1,71*), pero el acreedor podía dirigirse por el todo contra el restante o restantes deudores solidarios, salvo pacto de sociedad, la normativa francesa establece que esta confusión no aprovecha a los codeudores solidarios más que por la porción respecto de la cual el confundido

único que pretendía destacar era que la obligación solidaria se mantenía con vida pese a esa confusión parcial.

³⁸ POTHIER, R. J., *ult. loc. cit.*

³⁹ Como también ha señalado CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 230.

⁴⁰ Art. 1.209.—«Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, où lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un débiteur, la confusion n'éteint la créance solidaire que par la part et portion du débiteur ou du créancier.»

Art. 1.301.3.—«Celle qui s'opère dans la personne du créancier, ne profite à ses codébiteurs solidaires que pour la portion dont il était débiteur.»

era deudor (art. 1.301.3). En consecuencia, éstos sólo vendrán obligados a responder por el montante que resulte de restar la porción del confundido en la relación interna a la total prestación.

En segundo lugar, sólo se contempla como posible causa de la confusión la sucesión *mortis causa* a título universal, que, si bien es la más frecuente, no es la única idónea (*vid. art. 1.209 del Code*).

La justificación que la doctrina francesa emplea para admitir este alcance parcial se centra en el intento de explicar la confusión como una imposibilidad de ejercicio de la acción, en tanto las dos cualidades antagónicas reunidas en un solo sujeto permanezcan unidas. Cuando estos autores analizan la incidencia de la confusión en la solidaridad mantienen la eficacia parcial de ésta porque la imposibilidad de ejercicio no recae más que en el acreedor solidario en quien confluyen las cualidades⁴¹.

Como, con anterioridad, señalé, el fundamento de la confusión no es ése, máxime cuando el propio Código francés conceptúa a la confusión como un verdadero modo extintivo del cual es previsible el efecto extintivo y no un pretendido impedimento de ejercicio de la acción. Según el Código francés con la confusión se extingue el crédito y la deuda (*vid. art. 1.300*).

El Código civil italiano de 1865, como buen discípulo que es del francés, dispone para este modo extintivo y su incidencia en la solidaridad dos preceptos que establecen una regulación similar⁴².

La similitud de tales preceptos con la regulación francesa es notable, de tal modo que cae incluso en las mismas deficiencias que aquel Código. Así el artículo 1.194 (casi idéntico al 1.209 francés) sólo contempla la causa más frecuente por medio de la cual tiene lugar la confusión (la sucesión *mortis causa* a título universal) y, al igual que su antecedente, se expresa en su literalidad con una determinada impropiedad, puesto que ambos preceptos fijan como efecto de la confusión la extinción de la obligación solidaria por la porción del deudor. El referirse a la extinción tal y como se hace en estos preceptos es, a mi entender, inexacto. Parece evidente que la superior relación obligatoria solidaria⁴³ no se extingue ni desaparece sino que únicamente se ve

⁴¹ Con claridad lo explica F. LAURENT, *Principes de Droit civil français*, t. XVIII, Bruselas, 1878, p. 503. Para Laurent la imposibilidad de perseguir no existe más que en la parte del deudor que deviene heredero.

⁴² Art. 1.194.—«Quando uno dei debitiori diventa erede del creditore o quando il creditore diventa erede di uno dei debitiori, il credito in solido non si estingue che per la porzione di quel debitore.»

Art. 1.297.—«La confusione nella persona di uno dei debitori in solido non profitto a suoi condebitori, se non per la porzione di cui era debitori.»

⁴³ En el sentido en que tal expresión se halla utilizada por el párrafo 423 del BGB.

modificada objetivamente, es decir, su objeto —la única prestación que existe— se reduce en la porción del confundido. Si, como entiendo, la relación solidaria está compuesta por un conjunto de obligaciones solidarias (vínculos crédito-deuda), aunque con una única prestación para todos⁴⁴, cabe hablar, en puridad, de una extinción del concreto vínculo obligatorio y de una novación objetiva de la relación total, en muchas ocasiones, denominada incorrectamente extinción parcial⁴⁵.

El segundo precepto que el Codice de 1865 dedica a la confusión y su proyección en la solidaridad es el artículo 1.257. Este, al igual que su correlativo galo (art. 1.301.3), tiene como finalidad delimitar cuál es la eficacia de la confusión y cómo pueden valerse de ella los demás codeudores solidarios. Por consiguiente, y en virtud de estos preceptos, sólo beneficiará la confusión acaecida en un deudor solidario por la porción de la que era deudor según la relación interna⁴⁶.

En sede de solidaridad el vigente Código italiano de 1942 sigue siendo fiel a la influencia gala y, de forma similar a lo que sucede con la regulación otorgada a la indivisibilidad, no se decanta por la solución germana.

La cuestión de la que me ocupo se halla solucionada en el artículo 1.303 del Codice⁴⁷. De este precepto es de destacar, en primer lugar, una notable mejora técnica respecto a los artículos del Codice de 1865, por cuanto el precepto no se refiere sólo a la confusión originada por una sucesión universal *mortis causa*, sino que en su redacción se ha insertado una cláusula genérica en la que se contemplan todas aquellas causas que son aptas para producir la confusión (en su enunciado se lee: «si se reúne la cualidad de acreedor y deudor solidario»). De este modo, el Código actualmente vigente en Italia se adecúa con esta fórmula omnicomprensiva a la interpretación extensiva que sobre el anterior precepto había llevado a cabo la doctrina.

Por último, merece señalarse que el vigente Código destina únicamente un solo precepto a esta cuestión frente a los dos que

⁴⁴ PUIG FERRIOL, L., «Régimen jurídico de la solidaridad de deudores» en *Libro Homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, pp. 452 y ss. Concibe de igual forma la relación solidaria, al afirmar que «Ello quiere decir que aquella independencia entre las distintas obligaciones individualmente consideradas no obsta a que todas vengan unidas entre sí en razón a la unidad e identidad de la prestación, lo cual sirve para explicar que ejecutada la prestación por cualquiera de los coobligados se extinga la relación obligatoria superior (cfr. art. 1.145.1 C.c.)».

⁴⁵ La extinción no puede ser más que total. El hablar de extinción parcial supone borrar la diferencia entre extinguir y modificar.

⁴⁶ CAFFARENA LAPORTA, J., op. cit, p. 233. Considera que la eficacia del art. 1.297 sirve como la del 1.301.3 francés para extender la interpretación del art. 1.194.

⁴⁷ Art. 1.303.—«Se nella medesima persona si riuniscono le qualità di creditore e di debitore in sólido l'obbligazione degli altri debitori si estingue per la parte di quel debitore.»

proporcionaban el Code civil y el anterior Código italiano. No aparece, pues, en la regulación dada a la materia un precepto similar al anterior artículo 1.297 ó 1.301.3 francés. Quizás, la razón de esta omisión consista en que el legislador lo haya estimado innecesario porque lo que esos preceptos disponían era perfectamente deducible de los artículos 1.209 y 1.194 de los Códigos francés e italiano, respectivamente.

En todos estos regímenes examinados, los corolarios básicos que pueden extraerse consisten en la limitación del alcance de la confusión, que no es colectivo o global sino tan sólo relativo a la parte o porción que, en la relación interna, corresponde al sujeto en quien se ha verificado la confusión, con la correspondiente reducción de la prestación a que quedan obligados, frente al acreedor o acreedores solidarios, los restantes codeudores solidarios y en el tratamiento único que se realiza de la solidaridad de deudores y de acreedores.

Pues bien, el Código Civil alemán se desmarca de tales postulados y dota de una eficacia desigual a este modo extintivo según incida en un supuesto de solidaridad activa o pasiva.

En la primera, el parágrafo 429, en su segundo apartado⁴⁸, sostiene la eficacia global o colectiva de la confusión, mientras que el parágrafo 425⁴⁹ limita el alcance de la confusión al deudor solidario en quien se produce, concediendo a los demás codeudores solidarios una excepción personal frente al acreedor solidario por la cuota que correspondía al deudor confundido en la relación interna.

De forma acertada se ha explicado el alcance colectivo de la confusión, con base en el parágrafo 429, debido a una exteriorización de los créditos independientes vinculados en la superior unidad que forma la relación obligatoria y que se exterioriza preferentemente en la uniformidad del acto de extinción⁵⁰. Por consiguiente, la eficacia colectiva o general de la confusión se justificaría en una primacía de la vertiente externa de la solidaridad frente a la interna.

De esta forma, si nos enfrentamos con un supuesto de solidaridad activa, la confusión que se verifica en un coacreedor solidario provocará la extinción de la total relación solidaria y, como es claro, afectará a sus coacreedores que, no obstante, verán en

⁴⁸ «Si el crédito y la deuda se reuniesen en un solo acreedor solidario, se extinguirán los derechos de los demás acreedores contra el deudor.»

⁴⁹ «Supuestos distintos de los señalados en los párrafos 422 a 424 (pago, consignación, remisión, mora del acreedor), mientras que de la relación obligatoria no se deduzca otra cosa, sólo aprovechan y perjudican a aquel deudor solidario en cuya persona se producen. Esto vale en especial de la confusión del crédito con la deuda...»

⁵⁰ LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, t. I, Madrid, 1958, pp. 497 y ss.

la relación interna, si es el caso, equilibrada su situación patrimonial.

En cambio, en los supuestos de solidaridad de deudores la regla es la contraria, esto es, la eficacia parcial. Por ello, la relación solidaria ve reducida la prestación y el deudor solidario, en quien tiene lugar este hecho jurídico, puede dirigirse, todavía en la relación externa, contra los codeudores por el resto del montante, excepto la cuota del confundido.

Esta disimilitud de soluciones según la confusión se produzca en un supuesto de solidaridad activa o pasiva no aparecía en el primer Proyecto del BGB, en el que el alcance de este modo extintivo era, al igual que en los régimen francés e italiano, parcial tanto en el polo activo como pasivo de la solidaridad⁵¹.

En el actual régimen se ha intentado justificar la eficacia colectiva de la confusión, en la vertiente activa, equiparando la confusión al pago. En mi opinión, tal asimilación no es de recibo, puesto que son palpables las diferencias existentes entre ambos modos liberatorios⁵².

El motivar el alcance general de la confusión en una similitud con el pago, sea real o ficticia, supone volver a planteamientos ya superados⁵³. Parece, como ha enunciado Caffarena⁵⁴, que no existe una verdadera razón que permita diferenciar el trato dispensado a esta causa de extinción según se proyecte sobre un supuesto de solidaridad activa o pasiva. Es más, podría cuestionarse cuál sería la respuesta en aquellos casos de solidaridad mixta. ¿Gozaría la confusión de un alcance parcial o total?

La misma dualidad de soluciones se mantuvo con el Código Federal de las Obligaciones de 14 de junio de 1881 (art. 118) y los argumentos que trataban de explicar el alcance general en la solidaridad de acreedores eran, también, similares. En esa dirección, se afirmó que la extinción del crédito del otro acreedor solidario en el que no se había verificado la confusión se debía a que el primer acreedor se consideraba *pagado*, no obstante res-

⁵¹ CAFFARENA LAPORTA, J., op. cit, p. 249 y ss. Ha explicado que los motivos que en el Proyecto se utilizaron para explicar la eficacia parcial de la confusión se han mantenido para explicar la dualidad de regímenes, con lo que no se obtiene una solución satisfactoria.

El artículo del Proyecto en el que se fijaba la eficacia parcial era el 333.

⁵² ENNECKERUS, L. KIPP, Th. y WOLFF, M., op. cit, p. 460: «... Con la entrada de la confusión es considerada la prestación como producida, consecuentemente, se extinguirán en este instante los derechos de los demás acreedores, como si el deudor hubiese, realmente pagado (*sic!*) a uno de los acreedores.»

⁵³ Esto es, a los argumentos que glosadores y postglosadores mantenían para explicar el funcionamiento de este modo extintivo, aunque es preciso recordar que era, precisamente, en la solidaridad donde glosadores y comentaristas se veían obligados a excluir los efectos de la ficción para acomodar su solución al pasaje del Pandectas.

⁵⁴ CAFFARENA LAPORTA, J., op. cit, pp. 248 y ss.

ponder en la relación interna frente a la acción de regreso del otro⁵⁵.

Un examen de los diferentes régimenes estudiados nos permite concluir que en la solidaridad pasiva todos ellos se pronuncian en pro de la eficacia parcial, mientras que el disenso surge en la solidaridad activa⁵⁶.

⁵⁵ VON TUHR, A., *Tratado de las Obligaciones*, t. II, trad. española, Madrid, 1934, p. 278: «También se extingue el crédito del otro acreedor solidario por confusión (art. 118) entre un acreedor solidario y el deudor: el primer acreedor se considera pagado, quedando expuesto a la acción de reembolso del otro.» En definitiva, el mismo argumento que Ennecerus e igualmente criticable por lo ya señalado.

⁵⁶ Fuera del ámbito europeo los Códigos americanos se dividen entre aquellos que atribuyeron a la confusión una eficacia meramente parcial (art. 895 del Código de Bolivia: «... la que se hace en favor de uno de los obligados in solidum no aprovecha a los demás, sino en la parte de que aquel era deudor»; art. 2.323 del Código de Guatemala: «Si se consolida la cualidad de acreedor en uno de varios deudores mancomunados, no quedan libres los demás sino en la parte que había correspondido a su codeudor» (entiende por mancomunidad lo que solidaridad en nuestro Código); art. 2.250 del Código del Perú: «Si se consolida la cualidad de acreedor en uno de varios deudores mancomunados, no quedan libres los demás, sino en la parte que habría correspondido a su codeudor»; art. 1.519 del Código de Uruguay: «La que se verifica por la reunión de las calidades de acreedor y codeudor solidario, no aprovecha a los otros codeudores solidarios, sino en la parte en que aquel era deudor. La misma regla tiene lugar en el caso de solidaridad activa», y art. 1.270 del Código de Venezuela: «La confusión en la persona de uno de los deudores solidarios no aprovecha a sus codeudores sino por la porción de que era deudor») y aquellos otros que concedieron a ésta un alcance colectivo o general (Los Códigos de Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador en sus artículos 1.667, 1.720, 1.657 y 1.557, respectivamente, señalaron que «Si hay confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor, podrá el primero contra cada uno de sus codeudores, por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en la deuda.

Si por el contrario hay confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor, está obligado el primero a cada uno de sus coacreedores, por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito.»

De la intelección de los preceptos de estos Códigos, la confusión es asimilada explícitamente al pago (arts. 1.665, 1.724, 1.655 y 1.554, respectivamente) y extingue la relación obligatoria. Será en la relación interna donde se procederá a la liquidación. Asimismo se pronuncia el Código civil para el Distrito Federal de México (art. 1.991): «La novación, compensación, confusión o remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación.») El artículo 1.717 y el 1.602 del Código de México de 1870 y 1884, respectivamente, se inclinaban por la eficacia parcial de la confusión. En cambio, el actual Código de 1928, influido por el argentino, incurre en la misma contradicción que aquél, al disciplinar la eficacia parcial en el artículo 2.207 y la total en el artículo 1.991. Contradicción que salvan sus intérpretes entendiendo que la eficacia parcial es la regla general y el alcance total es la regla especial (GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, E., *Derecho de las Obligaciones*, México, 1990, pp. 790 a 794).

En todo caso, lo que si es conveniente resaltar es que en todos ellos es común la homogeneidad de la respuesta tanto si se trata de solidaridad activa como pasiva.

4. LA SOLUCIÓN ESPAÑOLA

4.1. Antecedentes del Código civil

El Derecho español introduce dentro del panorama europeo una solución nueva que contrasta con las ya existentes. Un recurso al estudio de los diferentes Proyectos de Código civil y las respuestas que éstos conceden a la problemática planteada resulta extremadamente útil y ayuda a comprender las conexiones, a simple vista inexistentes, entre muchos de los preceptos del Código civil⁵⁷.

El Proyecto de 1836 destinó a la normación de la confusión los artículos 1.982 a 1.986. En particular, el artículo 1.985 se enfrenta con el problema del alcance de la confusión en sede de solidaridad. Sin embargo, lo soluciona de forma limitada puesto que sólo contempla la incidencia de esta causa extintiva en el supuesto en que la pluralidad de personas se acumule en el polo pasivo⁵⁸. La respuesta del Proyecto de 1836 a la confusión en la solidaridad de deudores radica en atribuir a ésta una eficacia colectiva. De este modo, desaparece la relación obligatoria solidaria en su vertiente externa y surge una acción de regreso que tiene como finalidad tutelar los efectos económicos que dicho modo extintivo ha producido y evitar, asimismo, enriquecimientos injustos.

Con el Proyecto García Goyena se acoge el criterio opuesto. El artículo 1.159⁵⁹ del citado Proyecto de Código civil introduce la eficacia parcial de la confusión que desde Pothier se venía predicando y que ya el Code civil había recogido (art. 1.209). En ese sentido, el Proyecto isabelino, como buen discípulo que es del francés, se aparta del criterio establecido en 1836. Pese a ello, es loable que, no obstante seguir al Code, se hayan corregido las deficiencias técnicas en que aquél incurría⁶⁰.

De este precepto (art. 1.159) es resaltable, en primer lugar, que la referencia que en él se hace a la mancomunidad debe ser entendida a lo que hoy conocemos con la denominación de solidaridad⁶¹. En segundo lugar, a diferencia del 1.209 gallo, el ar-

⁵⁷ Tal es el caso, entre otros, de los artículos 1.143, 1.194 y 1.974 del Código.

⁵⁸ Art. 1.985.—«Cuando el crédito contra varios deudores mancomunados recaiere en alguno de ellos, la confusión de derechos se entenderá verificada, y la primitiva obligación, extinguida; pero el deudor en quien se verificó la confusión tendrá derecho a repetir de los demás codeudores la parte que a prorrata le corresponde.»

⁵⁹ «La confusión no extingue la deuda mancomunada sino en la parte y porción del acreedor en quien tenga lugar la confusión» (art. 1.159).

⁶⁰ CAFFARENA LAPORTA, J., op. cit, p. 236. Sustenta que «se sigue la solución del artículo francés 1.209 con una redacción más perfeccionada, mucho más amplia en la determinación del supuesto de hecho de la norma».

⁶¹ En ese sentido el art. 1.056 del Proyecto.

título de 1851 presenta un supuesto de hecho en el que con una fórmula amplia se da entrada a todas las posibles causas de la confusión («... en quien tenga lugar la confusión»), toda vez que no se limita a contemplar la confusión producida como efecto de la sucesión *mortis causa* a título universal.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación, el precepto abarca tanto la solidaridad activa como la pasiva. La activa, pese a que hable de deuda mancomunada, porque, si no fuese así, no tendría sentido referirse a la parte o porción del acreedor en quien tenga lugar la confusión. Es más, el propio García Goyena⁶² en su comentario al artículo 1.159 entiende que en él quedan comprendidas ambas clases de solidaridad.

Por tanto, la respuesta que en 1851 se otorgó a la confusión que incide sobre una relación solidaria nos sitúa ante un caso de confusión parcial; es decir, la total relación solidaria no desaparece sino que tan sólo se modifica su objeto, que se ve reducido.

Las consecuencias de esta tesis son descritas, magistralmente, tanto por García Goyena⁶³ como por B. Gutiérrez⁶⁴. En todo caso, lo que queda de manifiesto es la subsistencia de la solidaridad debido a una específica composición de valores en la que se entiende que el alcance debe ser parcial por cuanto en la relación interna los codeudores o coacreedores tienen derecho de regreso por sus respectivas partes. En definitiva, en 1851 en la extinción por confusión prima la vertiente interna de la solidaridad sobre la externa.

Con el Anteproyecto de 1888 la solución varía de nuevo. El estudio del Anteproyecto es de suma relevancia porque goza como tal texto de un valor jurídico presente ya que proporciona datos extremadamente valiosos para interpretar los preceptos del Código vigente⁶⁵.

Al igual que sucedió con la indivisibilidad, el Anteproyecto trastoca la solución que para la confusión, en sede de solidaridad, había proporcionado el Proyecto isabelino. En consecuencia, el

⁶² GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, p. 171. Al comentar el artículo 1.159 sostiene que este artículo supone dos o más deudores mancomunados y un solo acreedor, o por el contrario, dos o más acreedores mancomunados y un solo deudor.

⁶³ «Séase lo que se quiera de esta opinión por Derecho Romano, el artículo es tan justo como equitativo: la confusión no puede menos de surtir sus efectos respecto de la parte en que necesariamente tiene lugar; pero no debe extenderse a más, ni desvirtuar los de la mancomunidad de la obligación en la parte que subsiste.» *Ibidem*.

⁶⁴ «Mas como por Derecho moderno los co-deudores, aun sin ser socios tienen repetición unos contra otros por sus respectivas partes, verificada la confusión respecto de uno, los otros aunque obligados solidariamente lo son por lo que resta deducida aquella parte», GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos...*, t. IV, Madrid, 1871, p. 174.

⁶⁵ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, p. 39.

propio Anteproyecto y las fuentes que a éste sirvieron de inspiración merecen un detallado estudio por parte del intérprete y deben ser utilizadas como criterio interpretativo (*ex art. 3.º* del Código) de gran trascendencia.

En el articulado del Anteproyecto existe una mención expresa a la problemática que plantea la confusión en la relación solidaria. En concreto, el artículo 1.160 se pronuncia en favor del alcance general de la confusión, compensación, novación y remisión⁶⁶. Como es de justicia, la consecuencia de sustentar ese alcance total trae consigo la génesis de una acción de retorno pro parte.

De nuevo, el énfasis de los modos extintivos, y su repercusión en la solidaridad, se coloca en la relación externa y se concluye por la desaparición de la total relación.

Este precepto del Anteproyecto tiene como antecedente el 1.061 del Proyecto isabelino⁶⁷ en el cual se establecía una eficacia real u objetiva de la quita o remisión. Asimismo, se preveía el nacimiento de una acción de reembolso por la parte que correspondiese a cada acreedor en la relación interna.

El fijar el artículo 1.061 como precedente demuestra la clara intención, latente en el Anteproyecto, de extender el supuesto de hecho del alcance objetivo o total de la remisión (art. 1.061) a la confusión, porque para los otros medios extintivos lo proclamaba el propio Anteproyecto⁶⁸. De esa manera, el legislador de 1888 deseaba superar la solución francesa, recogida en el Proyecto, y establecer un alcance real para la confusión. Corrobora tal idea el hecho de que los preceptos que sirven de antecedente al artículo 1.160 del Anteproyecto sean el 707⁶⁹ y 708⁷⁰ del Código civil argentino. Preceptos del Código argentino que se decantan tanto

⁶⁶ Art. 1.160.—«La novación, compensación, confusión o remisión de las deudas hechas por cualquiera de los acreedores solidarios, o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguén la obligación.

El acreedor que hubiere efectuado cualquiera de estos actos así como el que cobrare la deuda, responderá a los demás de la parte que les correspondería en la obligación.»

⁶⁷ Art. 1.061.—«La quita o perdón de uno de los acreedores extingue la obligación respecto de todos, salvo lo dispuesto en el artículo 1.064.

El acreedor que haya concedido la quita o perdón, lo mismo que el que hubiere cobrado, quedarán responsables a los otros acreedores de la parte que a éstos corresponda, dividido el crédito entre ellos.

El crédito se dividirá entre los acreedores, según lo que hubiesen pactado; y en su defecto por partes iguales.»

⁶⁸ El artículo 1.061 para la quita o remisión, el 1.063 para el pago y el 1.137 para la novación.

⁶⁹ Art. 707.—«La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores extingue la obligación.»

⁷⁰ Art. 708.—«El acreedor que hubiere cobrado el todo o parte de la deuda, o que hubiere hecho quita, o remisión de ella, queda responsable a los otros acreedores de la parte que a éstos corresponda, dividido el crédito entre ellos.»

para la solidaridad de acreedores como para la de deudores (así el art. 707) por una eficacia total de la confusión, mientras que el artículo 866 del mismo texto legal apuesta por el alcance parcial de la confusión⁷¹.

En segundo lugar, con el Anteproyecto se introduce, en mi opinión, una consideración errónea sobre la naturaleza jurídica de esta causa extintiva. La confusión resulta tratada por este texto como un acto jurídico, es decir, como un modo de extinción voluntario. En esa dirección, el artículo 1.160, en su segundo apartado, afirma: «el acreedor que hubiere ejecutado cualquiera de estos *actos...*». En conclusión, si bien la calificación de acto jurídico puede adecuarse con los otros modos extintivos a que hace mención el precepto (novación, compensación y remisión), casa mal, sin duda, con la confusión.

Por último, es preciso notar que el artículo 1.159 del Proyecto isabelino que fijaba la eficacia parcial de la confusión aparece ahora, con casi idéntico tenor literal, contenido en el artículo 1.211⁷². Como parece claro, el artículo 1.211 no puede hacer referencia a la confusión en la solidaridad, porque para eso existe ya un precepto expreso: el artículo 1.160. A mi entender, del hecho de que el tenor literal del 1.211 sea casi idéntico al del 1.159 de 1851⁷³ y que los problemas que la confusión suscita en la mancomunidad divisible no requieran una concreta solución legal, lo más apropiado y, quizás, verosímil sea concluir que el 1.211 es fruto de un error o descuido, como además sucede con otros preceptos⁷⁴.

⁷¹ Art. 866.—«La confusión entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, o entre uno de los codeudores solidarios y el acreedor, sólo extingue la obligación correspondiente a ese deudor o acreedor, y no las partes que pertenecen a los otros coacreedores o codeudores.» De todas formas, esa contradicción fue superada por la ley 17.711 en favor de la eficacia parcial (ANÍBAL ALTERINI, ATILIO, J. AMEAL, OSCAR Y LÓPEZ CABANA, R. M., *Curso de Obligaciones*, Buenos Aires, 1986, p. 314).

⁷² Art. 1.211.—«La confusión no extingue la deuda mancomunada, sino en la porción correspondiente al acreedor o deudor en quien concurren los dos conceptos.»

Art. 1.159.—«La confusión no extingue la deuda mancomunada, sino en la parte y porción del acreedor o deudor en quien tenga lugar la confusión.»

⁷³ Entre ellos existe una abismal diferencia porque en 1851 «mancomunar» tenía como referente lo que hoy consideramos como solidaridad, mientras que en 1888 el término «mancomunar» se empleó para aludir a otra forma de ordenación de una pluralidad de sujetos en la relación obligatoria, que nada tiene que ver con la solidaridad. No obstante, sobre ello, volveremos más adelante.

⁷⁴ Así el art. 45.3 —del cual es copia el actual 1.974.3— del Capítulo III del Libro IV («En las obligaciones mancomunadas, cuando el acreedor no reclama de uno de los deudores más que la parte que le corresponda, no se interrumpe por ello la prescripción respecto a los otros co-deudores») que dispone lo mismo respecto a la prescripción que el 1.988 del Proyecto de 1851 («... Sin embargo, cuando el acreedor no reclama de uno de los deudores mancomunados más que la parte que le corresponda, no se interrumpe la prescripción respecto de los otros codeudores»), pese a que el término mancomunar no designa ya lo mismo, o el artículo 1.101.2 del Ante-

4.2. El Código civil de 1889. La solución actual

Los preceptos que en esta materia introdujo el Anteproyecto de 1888 pasan al articulado del Código actualmente vigente⁷⁵. Sin embargo, al hacerlo, desobedece el Código el mandato del legislativo recogido en la Base primera⁷⁶ por cuanto parece que la solución otorgada a la confusión, en sede de solidaridad, no atendía a ninguna nueva necesidad y aunque así hubiese sido no contaba con el respaldo de nuestros jurisconsultos, puesto que éstos encontraban de justicia la configuración de una eficacia parcial para la confusión⁷⁷.

La adopción por el presente Código del contenido de los preceptos del Anteproyecto lleva consigo la asunción de las ventajas e inconvenientes que de ellos destacaban. De ahí que el vigente artículo 1.143 presente las mismas deficiencias técnicas que el 1.160 del Anteproyecto. Digo esto, porque resulta conveniente, antes de examinar el régimen aplicable a la confusión que tiene lugar en una relación solidaria y los planteamientos doctrinales al respecto, realizar una advertencia. La generalidad de la doctrina suele interpretar el artículo 1.143 en relación con el 1.141⁷⁸. Aquí

proyecto que mantiene la llamada en causa («En uno y otro caso, el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda») que preveía el 932 del Proyecto de 1851 («... pero en uno y otro caso, el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a los otros, a no ser que por disposición del testador o a consecuencia de la partición hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda»), no obstante haber cambiado de forma radical el régimen de la indivisibilidad.

⁷⁵ El artículo 1.211 relativo a la confusión en las obligaciones mancomunadas pasa a integrar el 1.194 del Código. El 1.160 que extiende la eficacia colectiva de la remisión a la confusión, compensación y novación integra el actual art. 1.143.

⁷⁶ La Base Primera establecía que «El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores».

⁷⁷ GARCIA GOYENA, F., *Concordancias...*, t. III, p. 171 y GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos...*, t. IV, p. 174.

⁷⁸ El art. 1.141 dice así: «Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial.

Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudican a todos éstos.» El antecedente de este precepto es el 1.158 del Anteproyecto.

Para MANRESA (*Comentarios al Código Civil*, t. VIII, Madrid, 1907, pp. 305 y ss.) el artículo 1.141 constituiría la regla general mientras que el 1.143 plantearía un elenco de excepciones. Frente a esta posición doctrinal, se ha señalado que tal con-

es donde la advertencia es necesaria. El supuesto de hecho de la confusión, en cuanto modo extintivo, lo constituye un hecho jurídico complejo: la concentración de las cualidades de deudor y acreedor en una misma persona y patrimonio. Por consiguiente, la realización del supuesto de hecho es ajena a la intervención voluntaria de las partes de la relación obligacional. De ahí se desprende que el artículo 1.141, que permite que los acreedores realicen lo que es útil pero no lo perjudicial, nada tiene que ver en el análisis de la confusión. Para entender ésta sólo es preciso fijarse en el contenido que el artículo 1.143 encierra. El realizar una interpretación conjunta o sistemática de los artículos 1.143 y 1.141 es un esfuerzo vano y peligroso, porque, si bien los artículos 1.141 y el 1.143 deberán complementarse en la interpretación de aquellos modos extintivos voluntarios, mal podrá aplicarse a la confusión lo que dispone un precepto, como es el 1.141, que parte en su supuesto de hecho de actuaciones voluntarias.

A este intento de conexión entre el artículo 1.141 y 1.143 parecería que da pie el propio artículo 1.143 cuando contempla, en su literalidad, a la confusión como una causa extintiva voluntaria («La... confusión de la deuda, *hecha* por...») y en el segundo apartado cuando califica a la confusión como un acto («El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos *actos*...»). En mi opinión, la defectuosa terminología del Código civil, procedente del Anteproyecto, no hace más que inducir a error⁷⁹.

4.3. La eficacia parcial de la confusión. Posible planteamiento conforme al articulado de nuestro Código

Con el vigente Código civil, algunos autores han mantenido que la eficacia de la confusión en la solidaridad es solamente parcial. Ese planteamiento fue postulado por Clemente de Diego,

cepción queda desvirtuada por la propia relevancia y trascendencia del número de excepciones que, en numerosas ocasiones, dejarían a la regla general vacía de contenido [V. GUILARTE ZAPATERO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. II, Madrid, 1983, pp. 265 y ss.) limita la aplicación del 1.141 a la relación interna].

⁷⁹ Incluso parte de la doctrina parece considerarla un acto. Así A. CRISTÓBAL MONTES (*La estructura de la obligación y los sujetos*, Madrid, 1990, pp. 289 y ss.); «sino tan sólo nos advierte que dichos actos perjudiciales no serán oponibles a los otros acreedores» o «... a cuyo tenor el acreedor que haya actuado de semejante manera...».

Mucho más adecuado hubiera sido emplear, como hace el BGB en su párrafo 432.2, relativo a las obligaciones en mano común, el término acontecimiento. De esa forma hubiesen quedado todos incluidos («En lo demás, un acontecimiento que sólo se produzca en la persona de uno de los acreedores no aprovecha ni perjudica a los restantes acreedores»).

quien sostuvo que la confusión que afecta a una relación solidaria extingue la obligación solidaria únicamente en la parte en la cual se verificó la confusión.

Este autor lleva a cabo dicha interpretación amparándose en el artículo 1.194, quizás por entender que este artículo disciplina todavía hoy en día la solidaridad, no obstante su tenor literal se refiera a la mancomunidad⁸⁰. Parece, pues, que lo que el autor pretende con esa posición es volver a la regulación del Proyecto de 1851 y entender, por tanto, que la confusión goza de un alcance parcial tanto en la solidaridad de acreedores como en la de deudores. De todas formas, De Diego no ofrece ninguna explicación sobre el contenido del actual artículo 1.143 del Código, en el que, con claridad, se establece el criterio opuesto, basado en el alcance total o colectivo de este modo extintivo.

Al margen de esta aislada opinión, aparece otra sólidamente argumentada que diferencia la eficacia de esta causa extintiva según incida en la solidaridad activa o en la pasiva.

A la primera le atribuye el autor un alcance objetivo o general, mientras que a la confusión que tiene lugar en la solidaridad de deudores no se le concede más que una eficacia parcial⁸¹. Solución, por tanto, similar a la del BGB.

Puig Ferriol defiende su tesis con una doble argumentación. En primer lugar, afirma que es discutible que la confusión extinga la relación solidaria en su totalidad, dejando subsistente la distribución de responsabilidad entre los codeudores. La razón que justifica dicha afirmación radica —según Puig Ferriol— en que el artículo 1.194 del Código civil reproduce el 1.211 del Anteproyecto, el cual, a su vez, sigue al 1.159 del Proyecto isabelino.

Para Puig Ferriol el régimen que determina el artículo 1.194 es el aplicable a la solidaridad pasiva porque lo que sucedió fue que el término *mancomunada* significaba *solidaria* en 1851 y por un olvido del legislador este término no fue cambiado. De ahí que afirme el autor que «el verdadero régimen de la confusión en materia de obligaciones solidarias es el que recoge el artículo 1.194...»⁸².

Por consiguiente, debido a la existencia de esta regla específica para la solidaridad de deudores, conviene Puig Ferriol que el artículo 1.143 del Código civil (norma general) debe reservarse tan sólo para los supuestos de solidaridad activa. Añade el autor que los artículos 707 y 708 del Código civil argentino de los que trae

⁸⁰ CLEMENTE DE DIEGO, F. *Instituciones de Derecho Civil*, II, Madrid, 1959, p. 422.

⁸¹ PUIG FERRIOL, L., «Régimen jurídico de la solidaridad de deudores», en *Libro Homenaje a D. Ramón María Roca Sastre*, t. II, Madrid, 1976, pp. 433 y ss.

⁸² Op. cit., p. 498.

causa el actual 1.143 parecen pensar siempre en la solidaridad activa.

En segundo lugar, considera que la solución de la eficacia colectiva o general únicamente resulta congruente con la solidaridad de acreedores puesto que «si uno de ellos hereda al único deudor evidentemente que la solidaridad se extingue, y procede tan sólo nivelar las relaciones internas entre los codeudores; pero en el supuesto de solidaridad de deudores si el acreedor sucede a uno de ellos, lo único que acontece es que por efectos de esta confusión el acreedor verá forzosamente reducirse su *ius variandi* que le reconoce el art. 1.144 C.c...»⁸³.

Del análisis de los argumentos esgrimidos por Puig Ferriol resulta, a mi juicio, adecuado poner de manifiesto cómo el artículo 1.194 pervive en el actual Código debido a un error o descuido del legislador. Tesis que se ve reforzada por la presencia en el actual Código de otros preceptos en los que también se utiliza el vocablo mancomunidad cuando, en realidad, se quiere aludir a la solidaridad⁸⁴.

Pero con todo, evidenciar que el artículo 1.194 pervive por un error no justifica una diferencia de regulación para la confusión según ésta se proyecte sobre un supuesto de solidaridad activa o pasiva. Y ello es así por los siguientes motivos.

En primer lugar, Puig Ferriol afirma que el 1.194 actuaría solamente como una regla específica de la solidaridad de deudores por cuanto el precepto dispone que «La confusión no extingue la *deuda mancomunada...*». Este argumento literal ofrecido por el autor choca con el entendimiento que del propio precepto realizó García Goyena, para quien el artículo 1.159, antecedente directo del 1.194, abarcaría en su supuesto de hecho tanto la solidaridad activa como la pasiva⁸⁵.

⁸³ Op. cit., p. 499.

⁸⁴ Muestra de tal error lo constituye, asimismo, el artículo 1.974.3 (PUIG FERRIOL, L., «Compendio de Derecho Civil» PUIG BRUTAU, J., vol. I, II Parte, Barcelona, 1979, p. 901). Con anterioridad, ya he precisado los antecedentes de este precepto y cómo puede observarse el olvido en cambiar la terminología. El entender el artículo 1974.3, según se desprende de su literalidad, sería inútil puesto que el precepto nos vendría a decir que al responder cada deudor de su parte la reclamación a un deudor no interrumpe la prescripción respecto a los demás. Si eso es lo que deseaba decir el legislador no hacia falta el precepto, pues se deducía de las reglas de la mancomunidad. En cambio, el precepto cobra todo su sentido si se interpreta de acuerdo con sus antecedentes y con el primer apartado del mismo precepto. En este primer apartado se enseña que la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores y en el tercer apartado lo que se quiere indicar es que si el acreedor solidario no reclama al deudor solidario más que la parte que le corresponde en la relación interna, no interrumpe con esta actuación la prescripción respecto a los demás deudores solidarios.

⁸⁵ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...* t. III, Madrid, 1852, pp. 171 y ss. La misma interpretación realizó la mejor doctrina italiana para extender el supuesto de

A mayor abundamiento cabe añadir que el artículo 1.194, no obstante haga referencia a la deuda, se quiere, en realidad, referir a la obligación. Eso no sólo lo justifica la defectuosa terminología que el Código emplea (igual sucede en los artículos 1.143, 1.169.2, 1.170, 1.185, entre otros) sino también el hecho de que el propio artículo 1.194 contemple la vertiente activa puesto que se refiere a «la porción correspondiente al acreedor o deudor en quien concurran los dos conceptos». Si el Código piensa en la parte que le corresponde al acreedor en quien opera la concentración de la cualidad de deudor, es ineluctable que el precepto se proyecta, asimismo, sobre la relación activa.

En segundo lugar, el artículo 1.143 quedaría —según Puig Ferriol— limitado a los casos de solidaridad de acreedores por cuanto el artículo 1.194 constituiría la regla particular para la solidaridad pasiva.

En contra, considero que ni el artículo 1.194 ni el 1.143 restringen su ámbito de aplicación, es decir, ni el primero regula sólo la solidaridad pasiva ni el segundo, exclusivamente, la activa.

En cuanto al 1.194 se ha observado ya como sus antecedentes no restringieron su esfera de aplicación a la solidaridad de deudores y tampoco existe motivo para hacerlo con él, máxime cuando en su supuesto de hecho entran sin dificultad ambas modalidades.

Asimismo, el artículo 1.143 abarca tanto la solidaridad activa como la pasiva. La primera queda de manifiesto al afirmar el precepto que «La... confusión... hecha (*sic*) por cualquiera de los acreedores solidarios...», mientras que la segunda resulta también contemplada cuando el 1.143 dispone que «La... confusión... de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores solidarios o *con cualquiera de los deudores de la misma clase*».

La limitación del 1.143 a la solidaridad de acreedores es también mantenida por Puig Ferriol porque sus precedentes (arts. 707 y 708 del Código civil argentino) parecían pensar sólo en ésta. De estos dos preceptos, el segundo de ellos se refiere a la acción de regreso y no lo analizaremos aquí. En cambio, el artículo 707 disponía que «La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación».

Del examen de este precepto es posible colegir que las consecuencias que prevé para los modos de extinción de los que se ocupa (eficacia total) pueden referirse tanto a la solidaridad de acreedores como a la de deudores, igual que, en mi opinión, sucede con el actual 1.143. En esa misma dirección se pronunció

hecho del art. 1.297 del Código de 1865 (Solución hoy confirmada por el actual art. 1.303).

la doctrina argentina, que consideraba también como efecto principal de la solidaridad pasiva el alcance colectivo de la confusión, según disponía el artículo 707⁸⁶.

Sin embargo, por si parecieran insuficientes las razones aducidas para destacar que el 707 encierra tanto la solidaridad activa como la pasiva, es de notar que el Código argentino presentaba una contradicción entre los preceptos que establecían el alcance real de la confusión (arts. 707 y 708) y aquellos que fijaban la eficacia parcial de ésta (art. 866). Esa contradicción se produjo porque ambos preceptos se referían tanto a la solidaridad activa como a la pasiva⁸⁷.

En mi opinión, la eficacia general de la confusión no solamente resulta congruente con la solidaridad de acreedores —como sostiene Puig Ferriol— sino también con la de deudores⁸⁸, al igual que mantener la eficacia parcial resulta congruente con la activa y con la pasiva⁸⁹.

Por último, respecto a esta disociación de regímenes, según sea la solidaridad activa o pasiva, cabría cuestionarse cuál sería la solución aplicable a los casos de solidaridad mixta porque, sin duda, resulta imposible mantener, a la vez, la eficacia total y parcial de la confusión⁹⁰.

4.4. La confusión en el Código civil. La antinomia del artículo 1.194 y del 1.143

4.4.1. LA RELACIÓN EXTERNA

Bajo el Código civil vigente se enfrentan el artículo 1.143, que establece el alcance total de la confusión y que abarca tanto la solidaridad activa como la pasiva, y el 1.194, artículo que re-

⁸⁶ SALVAT RAMUNDO, M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general*, t. II, Buenos Aires, 1953, Edición revisada por E. V. GALLI, p. 76.

⁸⁷ CAFFARENA LAPORTA, J., op. cit., p. 244: «... pero nótese que tanto en un artículo como en otro la solución es la misma tanto para la solidaridad activa como para la pasiva».

⁸⁸ Así lo hacía el art. 1.985 del Proyecto de 1836 que mantenía el alcance general de la confusión en la solidaridad pasiva.

⁸⁹ Así GARCIA GOYENA (op. cit., p. 172) propone el siguiente ejemplo: «Pedro, Juan y Diego, son acreedores mancomunados contra mí por la cantidad de doce.

Si yo heredo a Pedro, o éste a mí, hay confusión por la parte correspondiente en el crédito a Pedro, es decir, por cuatro; pero el crédito conserva la eficacia de la mancomunidad por los ocho restantes a favor de Juan y Diego: cualquiera de estos podrá exigirlos de Pedro o de mí según sea el caso de herencia.»

⁹⁰ CAFFARENA LAPORTA, J., op. cit., p. 247.

produce el 1.211, el cual es, a su vez, fiel trasunto del 1.159 del Proyecto isabelino.

Uno de los autores que ha estudiado, con profundidad, la solidaridad ha señalado que en el Anteproyecto se destinó la norma del artículo 1.211, de forma deliberada, a las obligaciones mancomunadas divisibles, puesto que el artículo 1.160 cubría los supuestos de solidaridad⁹¹.

En cambio, considero que la respuesta no es ésa. Entiendo, al igual que Puig Ferriol, que se trata de un olvido o descuido del legislador, porque si bien la incidencia de la confusión en sede de solidaridad es modificada, respecto a la solución de 1851, por el artículo 1.160 del Anteproyecto, que pasará a constituir el 1.143 actual, no obstante, la norma del 1.159 pasa al 1.211 y de ahí al vigente 1.194. Por tanto, se trata de un error u olvido no sólo porque el Anteproyecto cite como antecedente del 1.211 el 1.159, pese al cambio de sentido de la terminología⁹², o por cuanto existan preceptos en los que también el legislador descuidó el cambio de la voz mancomunar por solidaridad⁹³, sino también porque resulta harto inusual que los Códigos liberales dediquen una regla específica en materia de confusión respecto a las obligaciones mancomunadas. De hecho, sin la existencia del artículo 1.194 del Código la respuesta a la problemática de la confusión en la mancomunidad divisible sería idéntica.

De todo lo expuesto, resulta que al admitir el error del legislador nos enfrentamos con una antinomia, puesto que he estimado que tanto el 1.194 como el 1.143 se refieren a la solidaridad y que ambos preceptos cubren en su enunciado las dos modalidades de ésta. El 1.143 vigente constituye la reproducción del 1.160 del Anteproyecto que apuesta por la eficacia global de la confusión, a diferencia del criterio de 1851⁹⁴, mientras que el 1.194 sobrevive como un arrastre histórico motivado por la antigua terminología. En consecuencia, si ambos preceptos cubren la solidaridad de acreedores y la de deudores, es obvio que estamos ante una antinomia.

A mi juicio, la solución que debe primar es la relativa a la eficacia general de la confusión. La razón es evidente. En 1888 se decidió cambiar la regla del alcance parcial de la confusión y volver, de nuevo, a la respuesta del alcance total de la confusión

⁹¹ CAFFARENA LAPORTA, J., op. cit., pp. 240 y ss.

⁹² Op. cit., p. 243. Para Caffarena la sola cita por el Anteproyecto (1882-1888) de un precepto del Proyecto de 1851 no supone siempre que aquél siga los criterios de éste.

⁹³ Olvido del legislador se ve reflejado en otros preceptos que olvidan cambiar el término mancomunidad por solidaridad; tal es el caso del artículo 1.974.3 del Código.

⁹⁴ Recuérdese que el Proyecto de 1836 se decantó también por la eficacia colectiva (art. 1.985).

cuando este modo extintivo se proyecta sobre una relación solidaria, e igual hace nuestro vigente Código. Por consiguiente, éste es el nuevo criterio respecto a la confusión y el que se convino en imponer. Lo que sucedió fue que, por un descuido u olvido, la anterior regla en pro de la eficacia parcial se fue repitiendo hasta consagrarse en el actual artículo 1.194. Pues bien, si la voluntad en 1888 fue innovar (de la que se hizo partícipe nuestro actual Código) y modificar el alcance de determinados modos extintivos en sede de solidaridad, eso es lo que debe primar.

Para posibilitarlo nada más fácil que interpretar el actual artículo 1.194 como reza su tenor literal, esto es, refiriéndolo a la mancomunidad divisible. De este modo se consigue salvar el impacto frontal entre la nueva solución y la antigua que todavía perduraba.

De ahí se desprende que el artículo 1.194 resta como un precepto aplicable a la confusión en la relación obligatoria mancomunada divisible, en el sentido en que antes se ha explicado, y permite entender por qué nuestro Código, a diferencia de sus homólogos, contiene una norma que disciplina la confusión en sede de mancomunidad divisible, mientras que el 1.143 concede a un supuesto de confusión entre un deudor solidario y un acreedor solidario (sea la solidaridad activa, pasiva o mixta) un efecto extintivo propio de una confusión total. El legislador entiende que, en estos casos, la relación obligatoria no es útil como cauce adecuado para continuar tutelando intereses económicos y sociales y predica, por tanto, su extinción.

Ahora cabe plantearse cuál es la razón o motivo que permite mantener que esa relación no sirve ya como cauce de cooperación.

Podría pensarse que al sostener, como hago, que la relación solidaria integra una pluralidad de vínculos, sería más acorde con esta concepción admitir la eficacia parcial de la confusión. Al contrario, entiendo que la norma del artículo 1.143 se adecua perfectamente a los principios que inspiran la solidaridad⁹⁵. Al deber cada deudor el todo y estar legitimado cada acreedor para exigir el total, se justifica la eficacia real de la confusión⁹⁶.

El legislador tiene en este caso tres respuestas. La primera consiste en otorgar primacía a la relación interna sobre la externa y, por tanto, operada la confusión sólo extinguir por la parte o

⁹⁵ LLACER MATACAS, M. R., «La extinción de las obligaciones por confusión», en *RDP*, 1990, pp. 28 y ss. Entiende que la solución de la eficacia parcial de la confusión lo que hacia era limitar los efectos de la solidaridad, para que la confusión pudiera tener los efectos que le eran propios.

⁹⁶ La STS de 13 de marzo de 1943 en su Considerando primero señala: «Que si bien en relación con sus codeudores es cada uno de los solidariamente obligados deudor tan sólo por su parte, lo es por entero frente al acreedor, en términos que se le equipara al deudor único...».

porción que debía el deudor solidario o que podía exigir el deudor solidario. Ésa es la solución que ha hecho fortuna en Francia e Italia y que se mantuvo en el Proyecto García Goyena (art. 1.159). La segunda es la contraria, es decir, se contempla la unidad de la relación obligatoria en la relación externa en la cual (como dijo la STS de 13 de marzo de 1943) cada acreedor y cada deudor se comportan como si fuesen únicos. De este modo, cada acreedor se halla facultado para exigir la total prestación y cada deudor se puede ver compelido a realizarla en su totalidad. Solución que se admitió en el Proyecto de 1836 y que se introduce en España con el Anteproyecto (art. 1.160). La tercera solución posible reside en diferenciar la eficacia de la confusión, según este modo extintivo afecte a la solidaridad activa o a la pasiva, como hacen el Código civil alemán y el suizo de las obligaciones.

De estas tres soluciones, nuestro vigente Código civil se decanta por aquella que otorga primacía a la relación externa de la solidaridad sobre la interna, cuando los modos extintivos inciden en la relación solidaria. De ahí deriva el Código civil su extinción, sin necesidad de acudir a una equiparación con el pago para explicarla.

4.4.2. LA RELACIÓN INTERNA. EL REGRESO Y LA SUBROGACIÓN

El artículo 1.143 en su segundo apartado establece una responsabilidad del acreedor solidario en quien ha tenido lugar la confusión respecto de la porción de los demás coacreedores⁹⁷.

Esta norma constituye el complemento lógico de lo dispuesto en el primer apartado del precepto, aunque a diferencia del 1.143.1 (que procede del 1.160 del Anteproyecto y del 707 del Código argentino), sólo se contempla la solidaridad activa, sin duda porque también a ésta se limitaban sus precedentes (arts. 1.160 del anteproyecto y 708 del Código argentino). De este modo, al pronunciarse el legislador en pro del alcance total de la confusión y, consecuentemente, concluir la extinción de la total relación obligatoria en la relación externa, resulta necesario acudir a la vía interna para proceder a la liquidación e intentar nivelar la situación patrimonial de acreedores y deudores, si es el caso.

En la solidaridad activa, por tanto, si un coacreedor solidario se convierte en deudor, o éste en aquél, la solidaridad desaparece y el confundido responde frente a los restantes coacreedores en el régimen interno por la parte o porción que a cada uno le co-

⁹⁷ Art. 1.143.2.—«El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponda en la obligación.»

rresponda. Por lo tanto, los coacreedores serán titulares de una acción de reembolso frente al acreedor en el que ha operado la confusión, precisamente, por esa porción o parte.

El fundamento de esta responsabilidad respecto a los demás sujetos integrantes del polo activo sirve, asimismo, para rechazar que la confusión pueda ser configurada como un modo extintivo neutro. La confusión no es una causa de extinción satisfactoria, pero tampoco neutral. Por consiguiente, cuando ésta sobreviene se generan una serie de efectos económicos que de no ser tutelados por el ordenamiento jurídico conducirían a soluciones, en cierto modo, injustas.

Conforme con ello, puede observarse cómo, en sede de solidaridad, los efectos económicos que derivan de este modo extintivo hacen su aparición de forma apreciable. Es por eso por lo que el precepto obliga al coacreedor solidario en quien se verifica la confusión a nivelar su situación patrimonial en relación con los demás coacreedores. En otro caso, se tutelaría por el ordenamiento jurídico el enriquecimiento injusto del confundido en detrimento de los restantes acreedores.

Se puede, pues, concluir que el artículo 1.143 determina el establecimiento de una acción de retorno en favor de los coacreedores distintos de aquel en quien se ha producido la confusión.

En cambio, en la solidaridad de deudores parece que nos encontramos con un doble vacío. El artículo 1.143 sólo contempla la acción de regreso en la solidaridad activa, mientras que el artículo 1.145, donde se contempla la solidaridad de deudores, solamente se refiere al pago de uno de los deudores solidarios y olvida que existen otros modos extintivos. Con esa orientación el artículo 1.145, en su segundo apartado, permite ejercitar la reclamación a aquel deudor que pagó el total, frente a los demás co-deudores por la parte o porción que a cada uno le corresponda en la relación interna, más los intereses del anticipo⁹⁸.

Una interpretación estricta y apegada a la literalidad del precepto conduciría a negar en la confusión el derecho de regreso al deudor en quien ésta se ha verificado, provocando, en consecuencia, un aumento patrimonial injustificado en los demás codeudores. De acuerdo, pues, con el articulado del Código la confusión sobrevenida en la solidaridad de acreedores haría nacer una acción de regreso o retorno pro cuota, mientras que la que incidiese sobre un supuesto de solidaridad de deudores, salvo que asimilásemos este modo extintivo a un pago, excluiría la legitimación para accionar del deudor confundido.

⁹⁸ Art. 1.145.2.—«El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo.»

Para evitar esa incoherencia resulta conveniente y necesario, atendiendo a razones materiales, interpretar el artículo 1.145, relativo a la solidaridad de deudores, en relación con el 1.143.2, referido a la solidaridad activa, y posibilitar que el deudor confundido pueda dirigirse⁹⁹ contra los demás codeudores para equilibrar, de ese modo, su situación patrimonial, y evitar así que el ordenamiento jurídico se erija en tutor de enriquecimientos injustos. De no hacerlo así, estaríamos impidiendo además que este modo extintivo produjese los efectos económicos que le son propios.

En aquellos casos en que la solidaridad es mixta la relación solidaria se extingue totalmente en la relación externa. En la relación interna podrá reclamar el confundido la parte que le corresponda frente a sus codeudores, mientras que deberá responder ante los coacreedores de lo que, asimismo, le corresponda en el régimen interno¹⁰⁰.

Otro problema relevante es el relativo a la posible insolvencia de alguno de los codeudores solidarios. Si sucede que alguno de éstos es insolvente cabe cuestionarse si el codeudor solidario en quien se ha verificado la confusión o alguno de los restantes se encuentra obligado a suplirla.

El artículo 1.145, en su apartado tercero, obliga a los codeudores a responder de la insolvencia de uno de ellos, a prorrata de la deuda de cada uno. La finalidad que impulsa al legislador a establecer un mandato como éste es garantizar el cobro del crédito por parte del acreedor. En otras palabras, dejar el perjuicio de la insolvencia en el acreedor supondría menoscabar la garantía que la solidaridad pasiva le reporta a éste.

En rigor, es lícito distinguir dos supuestos según el insolvente sea el codeudor solidario en el que se ha verificado la confusión o sea alguno de los otros. Si se trata del primero no se suscita ningún problema por cuanto la relación solidaria se ha extinguido en su vertiente externa y, por tanto, el confundido, sea o no insolvente, puede ejercitar frente a los restantes codeudores la acción de regreso *pro parte*.

En cambio, si el insolvente no es el codeudor solidario en quien se ha verificado la confusión, parte de la doctrina mantiene que el confundido resulta obligado a suplir la insolvencia a prorrata de la deuda que le corresponda¹⁰¹. Afirmación que es, sin duda, compatible aunque deba resaltarse una cuestión. Así, si verificada la confusión y extinguida, en la relación externa, la

⁹⁹ Como lo posibilitaba el art. 1.985 del Proyecto de 1836 que también se pronunciaba en pro del alcance total de la confusión.

¹⁰⁰ A favor de la misma respuesta LLACER MATACAS, M. R., op. cit., p. 26.

¹⁰¹ En idéntico sentido CAFFARENA LAPORTA, J., op. cit., p. 256, y LLACER MATACAS, M. R., op. cit., p. 26.

relación obligatoria, el confundido ejercita la acción de regreso contra sus codeudores en la vía interna y uno de ellos resulta insolvente, dicha insolvencia debe ser soportada por el confundido y por los demás codeudores solventes a prorrata de lo que les correspondería en la relación interna.

Lo que es preciso resaltar es que en este supuesto, a diferencia del pago, parte de la insolvencia queda a cargo del acreedor solidario porque éste y uno de los codeudores es ahora la misma persona.

Otra cuestión de gran trascendencia es la referente a si la subrogación reconocida en el artículo 1.210.3 del Código constituye o no un supuesto en que se mantiene la eficacia parcial de la confusión.

Respecto de esta cuestión algún autor ha admitido que, una vez desaparecida la relación obligatoria por confusión, se puede reclamar por vía de regreso como por el mecanismo de la subrogación, no obstante los deudores sean ahora parciarios. En mi opinión, resulta sorprendente esta extensión del ámbito de aplicación del artículo 1.210, apartado tercero¹⁰², fundamentalmente, por dos motivos. El primero, porque se habla únicamente de pago y para nada se alude a otros modos de extinción y, en segundo lugar, porque la extensión del supuesto de hecho es impracticable respecto a la confusión, a la inversa de lo que acaecía con el artículo 1.145 del Código, al presuponer la subrogación un pago o modo extintivo satisfactorio.

La opinión doctrinal que posibilita la reclamación, una vez verificada la confusión, por vía de subrogación se explica por la diferente conceptualización del modo extintivo que nos ocupa. Para ésta la confusión sería uno más de los subrogados del pago y un acto jurídico, mientras que, por contra, considero más certero no extender el supuesto de hecho del artículo 1.210, tan sólo aplicable al pago y sus subrogados —entre los que la confusión no se encuentra— y, por consiguiente, no permitir el juego del mecanismo de la subrogación¹⁰³ en el caso de la extinción de la relación solidaria por confusión. Y ello porque la confusión es un modo extintivo no satisfactorio, con lo que, al no cumplirse el supuesto

¹⁰² Artículo 1.210.3.—«Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda.»

¹⁰³ MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil*, t. VIII, Madrid, 1907, p. 440. Considera Manresa, con base en otros motivos, que el art. 1.210.3 no es aplicable a los deudores solidarios puesto que «Es de notar que no hay verdadera subrogación en el caso de que pague uno de los codeudores solidarios, puesto que entonces, según el art. 1145 (por el cual y sus concordantes se rige el supuesto), queda extinguida la obligación, si bien el codeudor que pagó puede repetir contra los demás su reclamación, invocará como base y título el pago, en vez de la novación.»

de hecho del 1.210.3 del Código, se cierra el paso al mecanismo subrogatorio¹⁰⁴.

En conclusión, la extinción de la relación solidaria por confusión no permite utilizar el mecanismo de la subrogación derivado del apartado tercero del artículo 1.210.

La segunda cuestión trascendente consiste en analizar si en el segundo inciso del precepto («salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda») se da entrada en nuestro ordenamiento a un supuesto de eficacia parcial de la confusión.

La mayoría de la doctrina ha considerado, con base en el citado precepto, que el codeudor solidario que paga se subroga en los derechos del acreedor, a pesar de que el propio Código en su artículo 1.203 solamente contempla la subrogación de un *tercero* en los derechos del acreedor, calificación que se lleva mal con la de deudor solidario, quien, ante todo, es parte.

En particular, F. Badosa ha analizado el precepto en cuestión y ha afirmado que en él se observa un verdadero supuesto de eficacia parcial de la confusión¹⁰⁵.

En cambio, entiendo que el artículo 1.210, apartado tercero, en su segundo inciso no está haciendo referencia a un supuesto de eficacia parcial de la confusión. Es más, ni siquiera nos hallamos ante un caso de confusión, entendida ésta en su sentido técnico y preciso, no obstante, de forma equivocada, se emplee el sustantivo confusión en dicho artículo.

Las razones que motivan este posicionamiento son las siguientes. En primer lugar, para delimitar el ámbito de aplicación del artículo 1.210 resulta necesario tener en cuenta sus antecedentes históricos.

¹⁰⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1983, p. 817. Afirma que «La subrogación produce una transmisión de la titularidad del crédito, que pasa del antiguo acreedor ya satisfecho a la persona que se subroga en él». La cursiva es mía.

¹⁰⁵ BADOSA COLL, F., *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, p. 342. Afirma dicho autor que «El problema es plantea en les cotitularitats solidàries en que l'article 1.143.1 opta per l'abast total de la concurredàcia («La confusió... hecha por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase extinguen la obligació») en contradicció amb els articles 1.087 («deducida su parte proporcional») i 1.210.3 («salvos los efectos de la confusión en la parte que le corresponda») que opten per l'abast parcial. La contradicció s'ha de resoldre partint del fet que l'«àmbit de la confusió» el decideix el creditor dotat de legitimació exclusiva, és a dir el creditor únic o solidari, si el crèdit és exclusiu (art. 1.087; 1.210.3) o solidari (art. 1.143.1) pot optar per la confusió total (art. 1.143.1) o per la parcial (arts. 1.087; 1.210.3) quan la «situació de confusió» es produïx amb un deute en titularitat respectivament solidària (art. 1.143) «con cualquiera de los deudores de la misma clase» o exclusiva».

El artículo 1.210.3 procede del artículo 1.117 del Proyecto isabelino¹⁰⁶, en el cual no se hace ninguna referencia a la confusión, sino que tan sólo se señala que el que paga por tener interés en el cumplimiento de la obligación queda subrogado *ope legis* en el lugar del acreedor sin perjuicio de que la obligación contraída se divida entre los codeudores en la forma que éstos hubiesen establecido entre ellos y, a falta de pacto, por partes iguales.

De ese precepto no deduce García Goyena que estemos ante un supuesto de eficacia parcial de la confusión, sino que entiende que lo que el precepto permite es que el deudor mancomunado que paga pueda reclamar a cada uno su parte proporcional, eso sí, previa deducción de la suya.¹⁰⁷

Por consiguiente, la recta intelección del artículo 1.210.3 exige su conexión con su antecedente de 1851 y con dos preceptos más del actual Código, como son el 1.145 y el 1.085¹⁰⁸. En ambos preceptos se admite la reclamación frente a los codeudores, pero se exige la deducción de la parte que en la relación interna le corresponda al sujeto que ha efectuado el pago. Y no puede reclamar su cuota, primero, porque los codeudores no la deben en la relación interna y, segundo, porque de permitirlo se produciría un enriquecimiento injusto.

De este modo, si se conectan los artículos 1.145, 1.085 y el precedente de 1851, se infiere que el 1.210.3 solamente resulta operativo en la relación interna. Esta limitación del precepto a la

¹⁰⁶ El art. 1.117 disponía: «La subrogación tiene lugar por disposición de la ley, a favor:

3. Del que paga por tener interés en el cumplimiento de la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1.068.»

El art. 1.068 establecía que «La obligación contraída mancomunadamente respecto del acreedor, se divide entre los codeudores de la manera que ellos hayan establecido por pacto; y a falta de éste por partes iguales».

¹⁰⁷ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. III, Madrid, 1852, pp. 139 y ss. Tras justificar la existencia del precepto porque gracias a él se eliminaban los formalismos y rigorismos del Derecho romano y patrio en que se exigía la carta de lasto para que los codeudores mancomunados y los fiadores se subrogasen en el lugar del acreedor, se expresa en estos términos: «La subrogación del deudor mancomunado queda subordinada a lo dispuesto en el artículo 1.063, es decir, se podrá reclamar de cada uno de los condeudores la parte proporcional con deducción de la suya, y, si alguno de ellos es insolvente, sufrirá proporcionalmente los efectos de la insolvencia: pero en la parte que pueda reclamar gozará de los privilegios e hipotecas del acreedor primitivo.»

¹⁰⁸ Art. 1.085.—«El coheredero que hubiese pagado más de lo que le correspondía a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional.

Esto mismo se observará cuando, por ser la deuda hipotecaria y consistir en cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente. El adjudicatario, en este caso, podrá reclamar de sus coherederos sólo la parte proporcional, aunque el acreedor le haya cedido sus acciones y subrogándole en su lugar.»

vertiente interna no supone atentar contra el concepto de subrogación por cuanto la obligación es la misma, lo único que ha sucedido es que se contempla ésta en su aspecto interno¹⁰⁹.

De lo expuesto puede, sin duda, concluirse que el codeudor solidario que paga, o bien ejerce el derecho de regreso o bien la subrogación¹¹⁰, mientras que si la relación se extingue por confusión, tan sólo procederá la primera. La diferencia entre una y otra se basa en que con la acción de regreso pueden reclamarse los intereses del anticipo y en la subrogación (*ex art. 1.212*) se transmiten el crédito y los derechos a él anexos.

En segundo lugar, del examen de los antecedentes del 1.210 y de los artículos 1.145 y 1.085 es lícito colegir que el 1.210 no contempla un supuesto de confusión. Es así porque si el codeudor solidario paga, el efecto jurídico que se desprende es la extinción de la relación externa solidaria, no obstante sobrevivir en su aspecto interno. De ese modo, lo que lleva a cabo el codeudor solidario con el pago es cumplir la obligación que contrajo y, por tanto, la causa que extingue la relación externa, como es evidente, es el pago y no la confusión. Ahora bien, el problema surge en la relación interna.

Una vez situados en el aspecto interno, el codeudor que la extinguió tiene a su alcance dos vías diversas: el regreso *ex artículo 1.145* o la subrogación *ex artículo 1.210.3*. La primera opción fue analizada con anterioridad, mientras que le corresponde el turno, ahora, a la segunda.

Si el codeudor opta por la vía de la subrogación, cuando se dirige contra los restantes codeudores sólo puede reclamarles a éstos la parte que les corresponda en la vía interna. A ello, sin duda, obedecía la remisión que el artículo 1.117 del Proyecto García Goyena efectuaba en favor del 1.068 en el que se instruían las relaciones internas entre los codeudores solidarios. O sea, no podía reclamar su propia porción o parte en la vía interna, sino que estaba obligado a deducirla.

Esto que resultaba tan claro y nítido resultó enturbiado por el Anteproyecto de 1888, en el cual se introdujo la defectuosa ex-

¹⁰⁹ En esa dirección se pronuncia PUIG FERRIOL, L., op. cit., p. 493: «Por tanto, la circunstancia de que la subrogación *ex art. 1.210.3 Cc*, sólo puede operar dentro de los límites de la fragmentación que impone el art. 1.145.2 CC no constituye ningún obstáculo para que pueda hablarse aquí de subrogación, puesto que el codeudor que ha pagado adquiere el mismo derecho de crédito —salvo la confusión parcial— pero sólo tal como se configura en la relación interna.»

¹¹⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid, 1983, p. 438. El autor entiende que al presumirse la subrogación ésta jugará preferentemente. «La subrogación y el regreso puro parecen compatibles. Habrá subrogación si el deudor la ha exigido y se le ha hecho. La subrogación además, como hemos dicho, se presume. Habrá, en cambio, una pura acción de regreso cuando se pruebe que la subrogación no se hizo.»

presión que pasaría a nuestro vigente Código. Así al artículo 1.227 del Anteproyecto le debemos hoy que el artículo 1.210 se refiera a la «confusión»¹¹¹.

Lo que quería advertir el Anteproyecto con dicha expresión era lo mismo que el Proyecto de 1851. Sin embargo, sucedió que al eliminar la remisión que se hacía al artículo 1.068, en el que se ordenaban las relaciones internas entre los codeudores, se la pretendió sustituir por una fórmula que pusiese de relieve que el codeudor subrogado solamente podía dirigirse contra los demás deudores por la cuota o porción que a cada uno de ellos le correspondía, con exclusión de la suya. Y ello porque cuando el codeudor solidario paga extingue la obligación en su vía externa, y cuando en la relación interna pretende equilibrar su situación patrimonial le queda vedado, como es de justicia, exigir su propia parte. A esa situación es a la que se quiere referir nuestro Código con la desafortunada expresión ya conocida («salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda»).

Acorde con lo expuesto, resulta criticable la expresión empleada por el legislador, máxime cuando en otros preceptos del propio Código se evita la utilización de esa engañosa expresión y se designan certeramente los efectos de esa misma situación¹¹².

4.5. Consecuencias que se derivan según se mantenga la tesis de la eficacia colectiva o parcial de la confusión

La principal diferencia¹¹³ que se desprende de mantener una u otra tesis consiste en la subsistencia o extinción de la total relación obligatoria solidaria.

La tesis que mantiene la eficacia colectiva de la confusión¹¹⁴ conduce, en virtud del artículo 1.143, a una extinción de la relación solidaria basada en la valoración de intereses que el legislador efectúa, otorgando primacía, en cuanto a los modos extintivos, a la unidad de la relación solidaria en la vertiente externa. Así,

¹¹¹ Art. 1.227.—«Se presumirá que hay subrogación:

3. Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda».

¹¹² Así el artículo 1.085 o el 1.087. Este último dispone que «El coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero, y sin perjuicio de lo establecido en la sección quinta, capítulo 5 de este título.»

¹¹³ Señalada tanto por V. GUILARTE ZAPATERO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. II, Madrid, 1983, p. 328) como por J. CAFFARENA LAPORTA (op. cit., pp. 250 y ss.).

¹¹⁴ Que es la que considero resulta del análisis realizado de los preceptos del Código.

entiende el legislador que al reunirse o concentrarse en un mismo patrimonio la cualidad de deudor del todo y de acreedor del todo deviene una confusión total de derechos que lleva aparejada la desaparición de la relación solidaria.

No obstante, esa extinción (*ex art. 1.143.2*) trae consigo la producción de unas consecuencias económicas que el ordenamiento jurídico no puede desconocer y que deben ser niveladas. Para ello se arbitra como medio (arts. 1.143.2 y 1.145) la acción de reembolso concedida para equilibrar las situaciones patrimoniales e impedir enriquecimientos sin causa.

Por contra, la tesis de la eficacia parcial permite mantener que la relación obligatoria solidaria no se extingue sino que se reduce el *ius variandi* del acreedor en la solidaridad pasiva (*ex art. 1.144*) y en la activa se permite a los restantes coacreedores solidarios exigir el montante restante. Se produce una reducción de la prestación que el acreedor puede exigir y/o el codeudor debe prestar. Empero, nótese que la solidaridad permanece y solamente se ha extinguido el concreto vínculo obligatorio. Por ello puede dirigirse por el resto *solidariamente* contra los codeudores solidarios y si es activa los coacreedores pueden exigir al deudor solidario íntegramente el resto.

En segundo lugar, la extinción de la total relación obligatoria comporta necesariamente la caída de las garantías, sean éstas personales o reales¹¹⁵, por cuanto rige aquí la regla que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En cambio, en la eficacia parcial de la confusión, al extinguirse sólo un concreto vínculo obligatorio solidario, las garantías prestadas por los restantes codeudores solidarios se mantienen con vida, pues la relación obligatoria solidaria continúa¹¹⁶.

¹¹⁵ Respecto a la hipoteca como forma de garantía real que requiere la inscripción como requisito consustancial para su existencia, no obstante la extinción del crédito, en tanto no se cancele, el artículo 122 de la LH sigue predicando su subsistencia (formal).

¹¹⁶ RUBINO, D., «Delle obbligazione in saldo», en *Commentario del Codice civile* a cura di Scialoja e Branca, arts. 1.285 a 1.320, p. 149. Este autor entiende que si la garantía fue prestada incluso por el mismo deudor en el que se verifica la confusión, tal garantía permanece con vida, por cuanto la obligación perdura en parte. A mi juicio, esta postura podría justificarse si se parte de la consideración de la obligación solidaria como única y, por consiguiente, se mantiene la existencia de la garantía. Considero, en cambio, que no es ésa la solución. Si bien la relación obligatoria continúa con vida, se ha extinguido un concreto vínculo crédito-deuda, una obligación y, por tanto, conforme a la *ratio* del art. 1.193.1 debe concluirse la extinción de esas garantías. Ya la eminentísima opinión de García Goyena iba en esta misma dirección:

«Pedro, Juan y Diego me deben mancomunadamente doce.

Yo heredo a Pedro, o éste a mí: hay confusión en cuanto a la parte de Pedro en la deuda, es decir, en cuatro: pero la obligación conserva la eficacia de la mancomunidad contra Juan y Diego por los ocho restantes; y Pedro o yo (según sea el caso) podemos reclamarlos de cualquiera de ellos.

Si, en el caso propuesto, Pedro hubiera además dado fianza en su solo nombre,

En tercer lugar, el régimen de las excepciones conforme al artículo 1.148 del Código civil es diferente en el caso de atribuir o no una eficacia colectiva a la confusión.

Para aquellos regímenes legales en que se atribuye a la confusión un alcance meramente parcial, ésta da lugar a una excepción personal. Así en Francia se puede oponer (art. 1.208) por parte del deudor solidario las excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación, las comunes y las que son personales, pero no las excepciones puramente personales. La confusión recibe, de este modo, el tratamiento de una excepción simplemente personal. Esto es, puede ser alegada por los codeudores solidarios por la porción confundida¹¹⁷.

En el Derecho italiano se ha llevado a cabo, también, una interpretación correctora¹¹⁸ del artículo 1.193 del Codice civile de 1865 y del 1.297 del Código actual. Se dividen las excepciones personales entre simplemente personales y estrictamente personales. Las primeras son alegables por los restantes codeudores solidarios aunque limitadas a su porción. Evidentemente, la confusión se configura como una de estas excepciones simplemente personales.

En España, Puig Ferriol ha sostenido, con poderosos argumentos, la tesis de la eficacia parcial de la confusión. Empéro, sucede que dicho autor¹¹⁹ limita —fundamentándolo en un detallado análisis histórico— la proposición segunda del 1.148¹²⁰ a la compensación, a pesar de que se hable erróneamente de excepción puesto

quedaría libre el fiador con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior (antecedente del 1.193 actual)», GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...*, t. III, p. 171. En igual dirección B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Códigos...*, t. IV, p. 173): «La misma rebaja ha de hacerse en cuanto a los fiadores si los hubiere; de modo que si en el caso propuesto Pedro hubiere dado además fianza en su solo nombre, quedaría libre su fiador.» Asimismo, con claridad meridiana, lo expresó ya en la Edad Moderna H. DONELLO (op. cit., p. 633): «Propone hoc modo. Duo sunt rei promittendi eiusdem rei: eorum uni successit creditor. Liberatur is, cui successum est, heres is qui successit, itemque fideiussores et pignora. Alter reus eiusdem pecuniae non liberata, eoque nec mandator, aut fideiussor eius.»

¹¹⁷ PLANOL, M. y RIPERT, G., *Droit Civil Français*, t. VII, Paris, 1954, p. 713., señalaron que «L'exception de confusion, contrairement à ce qui a lieu pour celle de compensation, n'est donc pas purement personnelle à son bénéficiaire...».

Voz «Confusion» en DICTIONNAIRE DALLOZ, p. 1971. Se afirma que «La confusion, quoique étant un mode d'extinction de la dette, ne constitue qu'une exception personnelle au débiteur sur la tête duquel elle s'opère, au moins pour ce qui excède sa part dans la dette: les autres débiteurs solidaires ne peuvent donc s'en prévaloir que jusqu'à concurrence de cette part».

¹¹⁸ CAFFARENA LAPORTA, J., op. cit., pp. 42 y ss.

¹¹⁹ PUIG FERRIOL, L., op. cit., p. 460.

¹²⁰ Art. 1.148.—«El deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables.»

que una vez establecido en el 1.202 del Código su efecto automático, no cabe hablar de *excepción personal*.

Por ello la confusión debe conceptuarse para Puig Ferriol como una excepción personal y como el 1.148.2 se limita únicamente a la compensación, los demás codeudores solidarios no podrán alegar la excepción de confusión por la parte confundida por cuanto según Puig Ferriol:

«En consecuencia, las excepciones personales que pudieran oponer los restantes codeudores... no pueden ser alegadas por el deudor demandado a quien no competan, pues ya se ha visto cuál era el verdadero sentido que haya de darse a esta equívoca expresión excepciones personales del art. 1.148 C.c., lo cual configura por otra parte los principios que informan la solidaridad.»

Se separa así Puig Ferriol, pese a mantener la tesis del alcance parcial de la confusión en la solidaridad pasiva, de la solución que se da en Francia e Italia.

Por contra, si se mantiene —como hago— la tesis de la eficacia colectiva de la confusión, la respuesta es diferente.

Entiendo que mantener el alcance general de la confusión en sede de solidaridad comporta configurar la excepción de confusión, entre los medios de defensa al alcance del codeudor solidario, como una excepción derivada de la naturaleza de la relación obligatoria y no como una mera excepción personal. Por consiguiente, se tratará de un medio de defensa alegable sin restricción de cuota por cualquiera de los codeudores solidarios.

Esta configuración de la confusión como una excepción común, que se articula más que como una facultad de los codeudores solidarios como un deber de éstos¹²¹, puede plantear fricciones con la eficacia de cosa juzgada reconocida a las resoluciones judiciales.

En esa dirección algún autor ha sostenido que la no alegación de esta excepción real y la estimación de la pretensión del acreedor por parte del Juez, supone que la eficacia de la cosa juzgada cobre valor frente a los demás codeudores, quienes se verían obligados a satisfacer la deuda si el acreedor la reclamase, equiparando este supuesto con el de la alegación sin éxito de la excepción¹²².

Desde mi punto de vista, ésa no parece la solución adecuada. A mi juicio, intentar resolver un problema tan arduo como es establecer el alcance de la cosa juzgada, respecto de la alegación o no de una excepción objetiva, pasa por aprehender el verdadero sentido del párrafo tercero del artículo 1.252 del Código¹²³.

¹²¹ En idéntico sentido GUILARTE ZAPATERO, V., op. cit., p. 395.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Dispone dicho precepto que «Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contem-

Una interpretación literal del artículo 1.252.3 conduce a creer que existe identidad jurídica entre los litigantes de uno y otro pleito, pese a que no la haya física. Dicha interpretación debe, en mi opinión, ser superada por cuanto ya desde el Derecho justiniano dejó de tener sentido la función negativa de la *exceptio rei iudicatae*¹²⁴. Abundando en ese sentido, puede decirse que ello resulta más claro porque sustentar, en nuestro derecho, la función negativa de la cosa juzgada nos lleva a enfrentarnos con las reglas de la solidaridad y con el principio de audiencia.

En esa línea de pensamiento el propio artículo 1.144 del Código se manifiesta en favor de la exclusión de la función negativa de la cosa juzgada¹²⁵, al permitir que las reclamaciones entabladas contra un codeudor solidario no empecen para dirigirse, con posterioridad, contra los demás.

Todo lo expuesto condiciona la intelección que debe realizarse del precepto. De ese modo, parece necesario decantarse hacia una interpretación funcional del mismo, aunque sobre ello no exista consenso doctrinal¹²⁶.

dieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirlas u obligación de satisfacerlas».

Según J. CARRERAS DEL RINCÓN (*La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona, 1990, p. 60) la fuente de inspiración del legislador al redactar la norma del 1.252.3 fue la doctrina de Merlin y de Pothier. No obstante, existen también antecedentes de éste en el artículo 1.265.3 del Anteproyecto y quizás pueda tomarse también como tal la Ley XX del Título XXII de la Tercera Partida aunque esta última no se refiera a la identidad de personas.

¹²⁴ CARRERAS DEL RINCÓN, J., *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona, 1990, p. 45: «Puede concluirse diciendo que en derecho justiniano, y en materia de solidaridad, la cosa juzgada sólo opera, a lo sumo, en beneficio de los deudores solidarios no litigantes, nunca en perjuicio suyo. En cuanto a la solidaridad activa, dada la escasez de textos, debe de decirse otro tanto.»

¹²⁵ Op. cit., p. 81.

¹²⁶ En la doctrina existen tres grupos de posiciones, sintetizadas por CARRERAS DEL RINCÓN (op. cit.):

— Autores que siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA no admiten que la cosa juzgada pueda afectar a los sujetos solidarios ausentes del proceso. La extensión de la cosa juzgada sólo podrá producirse cuando beneficie al tercero y sólo cuando la excepción opuesta por un codeudor fuera estimada por el Juez y se tratara de una excepción objetiva.

— Un grupo mayoritario formado por los autores que siguen a Manresa. Admiten que lo determinante para la extensión de la cosa juzgada está en si una determinada cuestión se ha resuelto en el primer proceso. Si no lo ha sido, queda imprejuzgada y el segundo Juez puede pronunciarse, se extiende la cosa juzgada si resuelta favorece o perjudica a los sujetos solidarios.

— CAFFARENA y GUILARTE entienden que la extensión tiene lugar cuando la excepción no puede ser estimada de oficio. De esta forma las excepciones que no se opusieran no pueden volver a proponerse.

A mi juicio, la extensión de la cosa juzgada¹²⁷ jamás se producirá con una eficacia negativa, sino que entendido este precepto conforme a los principios de la solidaridad y al respeto que merece el principio de audiencia, sólo cabe mantener el efecto prejudicial de la cosa juzgada. Este aserto permite establecer dos relevantes conclusiones:

a) El deudor solidario puede oponer la sentencia que desestima la acción (arg. ex art. 1.143) aunque no fuera litigante en ese pleito. Las excepciones comunes estimadas por el primer juez pueden ser opuestas por los demás deudores solidarios no litigantes.

b) Las excepciones no opuestas en el primer proceso pueden volverse a plantear en el segundo proceso. El derecho a la defensa lo exige¹²⁸.

Es más, no sólo eso. El derecho a la defensa no puede verse vulnerado por una determinada interpretación del artículo 1.252.3. Por ello también debe ser posible que las excepciones alegadas en el primer proceso y desestimadas puedan volverse a plantear¹²⁹.

Una vez expuesta mi concepción acerca del artículo 1.252.3 y de los efectos que de esa concepción se derivan, resulta pertinente analizar seguidamente una serie de supuestos en los que es preciso detenerse a examinar las consecuencias y efectos que para los deudores solidarios supone el funcionamiento de la excepción real de confusión según cuál de ellos resulte ser el demandado. Para ello, es conveniente distinguir tres supuestos:

a) La demanda se dirige contra el deudor solidario en quien se ha verificado la confusión de derechos¹³⁰. La cuestión a resolver surge si este deudor demandado no opone la excepción objetiva de confusión sino que lleva a cabo el pago.

Si tras haber pagado pretende reintegrarse frente a los demás codeudores, éstos están legitimados para frenar su reclamación oponiéndole la excepción objetiva de confusión. De esta forma, la alegación de la excepción de confusión frente al confundido funciona como sanción al incumplimiento del

¹²⁷ CARRERAS DEL RINCÓN, J., *op. cit.*, p. 115.

¹²⁸ En el mismo sentido LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil II», *Derecho de Obligaciones*, vol. I, Barcelona, 1985, p. 69. Entiende que si no es alegada la excepción objetiva por el primer demandado y el acreedor demanda a otro codeudor, éste puede alegarla.

¹²⁹ En la misma dirección se pronuncia CARRERAS DEL RINCÓN, J., *op. cit.*, p. 83: «Pretender que los demás deudores solidarios no puedan oponer, frente a las reclamaciones del acreedor, aquellas excepciones que hubiesen sido desestimadas en el primer proceso es predicar una eficacia refleja a la cosa juzgada, que no tiene su paralelo en el derecho material.»

¹³⁰ Como es obvio, la hipótesis contemplada presupone un supuesto de solidaridad mixta.

deber de oponer ante el acreedor dicha excepción. En todo caso, lo que le resta es dirigirse contra el acreedor que ha recibido el pago indebido.

b) Si la demanda va dirigida contra un deudor solidario que no es el confundido, que no tiene conocimiento de la confusión porque no se le ha comunicado y, ante la reclamación del acreedor, paga, ese pago resulta indebido e ineficaz por cuanto la confusión operada extinguió previamente la relación solidaria.

En mi opinión, el deudor confundido podrá ejercitar el reembolso para equilibrar su situación patrimonial. No obstante, su conducta consistente en no comunicar la realización del hecho extintivo es contraria a los cánones de la buena fe (*ex arts. 7 y 1.258 del Código*) y ha generado un daño en el deudor que pagó¹³¹. En ese caso, el confundido restará obligado a responder del daño causado según se deriva del artículo 1.101 del Código¹³².

c) La demanda se presenta contra un deudor solidario que conoce que la confusión ha tenido lugar y, sin embargo, no opone la excepción y efectúa el pago. Ante esa conducta, los demás codeudores podrán sancionarle paralizando su acción de regreso con la excepción real de confusión.

La disparidad de soluciones según se trate del primero y tercer supuesto o del segundo responde, como es lógico, a una desigual situación de partida. En el primero y tercer caso, el deudor que efectúa el pago conoce la existencia del hecho extintivo y, sin embargo, no opone la excepción¹³³, actuando, de ese modo, en perjuicio de los restantes codeudores.

¹³¹ Así los gastos derivados de la reclamación al acreedor por el pago indebido que, seguramente, requerirá de una previa declaración judicial en la que, probada (según dispone el art. 1.214) la confusión, se declare la ineficacia del pago.

¹³² CARRASCO PERERA, A., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Fiscales*, t. XV, vol. I, Madrid, 1989, pp. 377 y ss. La opinión de este autor es que el art. 1.101 no disciplina la responsabilidad contractual sino la genérica responsabilidad obligacional, cuando la obligación que se extingue estaba previamente constituida por contrato, ley o cuasicontrato. En todo caso, basta observar la existencia de un previo contacto social entre los sujetos para concluir que la responsabilidad que se origina debe ventilarse por lo dispuesto en el artículo 1.101 y no por lo que el 1.902 y siguientes establecen.

¹³³ BLASCO GASCO, F. de P., «Reflexiones acerca de la condonación de la deuda» *ADC*, enero-marzo 1990, p. 80. Examina el caso del pago del deudor solidario de toda la deuda, aun conociendo la condonación parcial, y concluye que su conducta es, al menos, negligente. En mi opinión si conoce el hecho extintivo —la confusión— e incluso así efectúa el pago, la conducta realizada no será, seguramente, sólo negligente (nótese que F. Blasco concluye que al menos es negligente) sino que presentará claros visos de mala fe y nos adentrará en el terreno del dolo.

Por contra, en el segundo supuesto, la omisión de comunicar la extinción de la relación obligatoria suele deberse a una conducta negligente y, por tanto, las consecuencias son las descritas. Destacable es que si pudiese apreciarse mala fe en esa falta de comunicación¹³⁴, la sanción sería, al igual que en los otros dos supuestos, impedir el reintegro frente a sus codeudores.

¹³⁴ Así si quisiese causar un daño a sus codeudores a través de esa conducta.

INFORMACIÓN COMUNITARIA

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho internacional privado

I. LEGISLACIÓN

A) *Normativa vigente*

CONSUMO

- 1. Decisión de la Comisión de 8 de febrero de 1994 por la que se modifica la Decisión 90/55/CEE por la que se crea un *Consejo consultivo de los consumidores* (DOCE, L, núm. 64, de 8 marzo de 1994).**

A través de esta decisión y con base en la necesidad de reexaminar la representatividad de los miembros del Consejo consultivo de consumidores, en función de la experiencia adquirida y los trabajos efectuados desde su creación, la Comisión modifica la composición de dicho Consejo que quedará compuesto por cuarenta y cinco miembros repartidos de la siguiente forma: veinte puestos se asignan a representantes de organizaciones europeas de consumidores; diecinueve puestos a representantes de organizaciones e instituciones nacionales o regionales (dos miembros corresponden a España); y seis puestos a personalidades particularmente competentes en materia de consumo, seleccionadas por la Comisión en función de su competencia en materia de defensa de los intereses de los consumidores.

MEDIO AMBIENTE

- 2. Decisión del Consejo de 2 de diciembre de 1993 sobre la aprobación de la enmienda al Protocolo de Montreal relativo a las sustancias**

que agotan la *capa de ozono* (DOCE, L, núm. 33, de 7 de febrero de 1994).

3. Decisión del Consejo de 15 de diciembre de 1993 relativa a la celebración de la Convención marco sobre el *cambio climático* (DOCE, L, núm. 33, de 7 de febrero de 1994).
4. Decisión del Consejo de 21 de febrero de 1994 relativas a la adhesión de la Comunidad al Convenio sobre la *protección del medio marino* de la zona del mar Báltico (Convenio de Helsinki de 1974) (DOCE, L, núm. 73, de 16 de marzo de 1994).
5. Decisión del Consejo de 21 de febrero de 1994 relativa a la celebración en nombre de la Comunidad del Convenio sobre *protección del medio marino* de la zona del mar Báltico (Convenio de Helsinki revisado-1992) (DOCE, L, núm. 73, de 16 de marzo de 1994).
6. Reglamento (CE) núm. 836/94 de la Comisión de 13 de abril de 1994 por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1696/87 por el que se establecen determinadas modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 3528/86 del Consejo relativo a la *protección de los bosques* en la Comunidad contra la contaminación atmosférica (DOCE, L, núm. 97, de 15 de abril de 1994).
7. Reglamento (CEE) núm. 1091/94 de la Comisión de 29 de abril de 1994 por el que se establecen determinadas modalidades de normas para la aplicación del Reglamento (CEE) núm. 3528/86 del Consejo relativo a la *protección de los bosques* de la Comunidad contra la contaminación atmosférica (DOCE, L, núm. 125, de 18 de mayo de 1994).
8. Directiva 94/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de marzo de 1994 relativa a las medidas que deben adoptarse contra la contaminación atmosférica causada por las *emisiones de los vehículos de motor* y por la que se modifica la Directiva 70/220/CEE (DOCE, L, núm. 100, de 19 de abril de 1994).

TRANSPORTE

9. Reglamento (CE) núm. 791/94 de la Comisión de 8 de abril de 1994 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 3118/93 del Consejo en lo que respecta a los *transportistas de mercancías* por carretera por cuenta propia (DOCE, L, núm. 92, de 9 de abril de 1994).

PROPIEDADES ESPECIALES

- 10. Reglamento (CE) núm. 40/94 del Consejo de 20 de diciembre de 1993 sobre la marca comunitaria (DOCE, L, núm. 11, de 14 de enero de 1994).**

La entidad normativa del presente Reglamento, su trascendencia y su extensión hace que cualquier tipo de anotación que pudiera realizarse en el marco de la presente crónica no esté a la altura del mínimo rigor exigible. Sirva esta nota como llamada de atención sobre un texto a buen seguro ya suficientemente conocido por los operadores jurídicos. A efectos exclusivamente descriptivos, las rúbricas de sus títulos son las siguientes: disposiciones generales. Derecho de marcas; la solicitud de marca comunitaria; procedimiento de registro; vigencia, renovación y modificación de la marca comunitaria; renuncia, caducidad y nulidad; procedimiento de recurso; marcas comunitarias colectivas; disposiciones de procedimiento; competencia y procedimiento en materia de acciones judiciales relativas a marcas comunitarias; incidencia sobre el Derecho de los Estados miembros; la Oficina y disposiciones finales.

ENTIDADES DE CRÉDITO

- 11. Directiva 94/7/CE de la Comisión de 15 de marzo de 1994 por la que se adapta la Directiva 86/647/CEE del Consejo sobre el *coeficiente de solvencia* de las entidades de crédito, en lo relativo a la definición técnica de bancos multilaterales de desarrollo (Texto pertinente a los fines del EEE) (DOCE, L, núm. 89, de 6 de abril de 1994).**
- 12. Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 1994 relativa a los *sistemas de garantía de depósitos* (DOCE, L, núm. 135, de 31 de mayo de 1994).**

Diversos son las circunstancias que afectan a la adopción de la presente Directiva. Tras comprobar que la normativa comunitaria desde la Recomendación 87/63/CEE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1986, relativa al establecimiento de sistemas de garantía de depósitos en la Comunidad (DOCE, L, núm. 33, de 4 de febrero de 1987) no ha permitido obtener los resultados deseados, se hacía necesaria la armonización de la materia, máxime si se tiene en cuenta que en la actualidad, una sucursal ya no necesita ser aprobada por ningún Estado miembro de acogida, como consecuencia de la adopción de una única autorización válida para toda la Comunidad realizada por el Estado de origen; Estado que, a su vez, se acupará de controlar la solvencia de la entidad de crédito. Tal situación, exige que cuando se produzca el cierre de una entidad de crédito insolvente los depositantes de las sucursales situadas en un Estado miembro que no sea el

del domicilio social de la entidad de crédito deban estar protegidos por el mismo sistema de garantía que los demás depositantes de la entidad. El sistema de garantía habrá de ser, como principio, el que exista para la categoría de entidad considerada en el Estado del domicilio social, debido, en especial, a la relación existente entre la supervisión de la solvencia de una sucursal y su pertenencia a un sistema de garantía de depósitos.

La Directiva y su efecto unificador no cuestiona la existencia de sistemas constituidos de forma alternativa; éstos podrán ser considerados por la autoridad competente como garantes de los objetivos de la Directiva. Asimismo, se regulan aspectos que pudieran falsear el equilibrio que la presente normativa trata de lograr entre libertades de establecimientos y de prestación de servicios y protección de los ahorradores; tal es el caso de los Estados que ofrezcan una protección superior al mínimo armonizado, lo que podría determinar condiciones desiguales de competencia entre entidades nacionales y sucursales de entidades de otros Estados miembros. Para resolver los eventuales problemas que podría presentar este supuesto resulta oportuno autorizar la adhesión de las sucursales al sistema del país de acogida a fin de que puedan ofrecer a sus depositantes garantía similares. En esta misma línea de razonamiento, y con el fin de que los sistemas de garantía no se conviertan en un instrumento competitivo, la sucursal no podrá ofrecer una protección superior al nivel y alcance máximos ofrecidos por el sistema correspondiente del Estado miembro de acogida. Todo ello, ordenado sobre la base de una suficiente información a los depositantes que habrá de quedar también sujeta a un mínimo de disposiciones vinculantes, estando los Estados obligados a impedir que una utilización no regulada de la publicidad pueda afectar a la estabilidad del sistema bancario o a la confianza de los depositantes.

INSTITUCIONAL

13. Decisión de la Comisión de 8 de febrero de 1994 sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión (DOCE, L, núm. 46, de 18 de febrero de 1994).

Del artículo 2 de la Decisión se desprende el siguiente régimen jurídico de acceso a los documentos de la Comisión en el marco de la política de acercamiento de Europa a sus ciudadanos tal como surge de las conclusiones de los Consejos Europeos de Birmingham y Edimburgo: *a)* Todas las solicitudes de acceso a los documentos se harán por escrito a los servicios competentes de la Comisión en su sede, en las oficinas de la Comisión en los Estados miembros o en las delegaciones de la Comisión en países terceros; *b)* El funcionario competente informará por escrito al solicitante, en el plazo de un mes, sobre la aprobación de su solicitud o la intención de denegación de la misma, advirtiéndole en este último caso de la posibilidad de revisión de esta negativa en el plazo de un mes; *c)* El Presidente con

el acuerdo del Comisario correspondiente decidirá sobre las peticiones de revisión; *d)* la falta de respuesta en el plazo de un mes ante la solicitud de acceso a los documentos o de revisión de la denegación habrán de entenderse como denegación de los mismos; *e)* Se cobrará una tarifa por la expedición de los documentos; *f)* Se procurará un lugar adecuado para la consulta personal de los documentos.

14. Decisión del Parlamento Europeo de 9 de marzo de 1994 sobre el estatuto del *Defensor del Pueblo* y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones (DOCE, L, núm. 113, de 4 de mayo de 1994).

Se crea la figura del Defensor del Pueblo a nivel comunitario. Será éste una persona nombrada por el Parlamento Europeo después de cada elección y hasta el final de la legislatura, con mandato renovable. Deberá tratarse de una persona que posea la ciudadanía de la Unión, se encuentre en pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos, ofrezca plenas garantías de independencia y reúna las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales o posea experiencia y competencia notorias para el ejercicio de las funciones de Defensor del Pueblo. El Defensor del Pueblo a nivel comunitario contribuirá a descubrir los casos de mala administración en la acción de las instituciones y órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones judiciales, y a formular recomendaciones para remediarlos. No podrá ser objeto de reclamación ante el Defensor del Pueblo la actuación de ninguna otra autoridad o persona. Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su sede social en un Estado miembro de la Unión podrá someter al Defensor del Pueblo, directamente o por mediación de un miembro del Parlamento Europeo, una reclamación relativa a un caso de mala administración en la actuación de las instituciones u órganos comunitarios, siendo necesario que previamente se hayan hecho las adecuadas gestiones administrativas ante las instituciones u órganos de que se trate.

El Estatuto regula, además, el régimen de colaboración entre el Defensor del Pueblo y las autoridades nacionales, el de sus inmunidades, y los aspectos organizativos propios de la institución (secretaría, sede, presupuesto...).

15. Reglamento interno establecido por el *Comité de las Regiones* en su tercera sesión plenaria, los días 17 y 18 de mayo de 1994; aprobado por el Consejo de la Unión Europea en su reunión núm. 1759, el 25 de mayo de 1994 (DOCE, L, núm. 132, de 27 de mayo de 1994).

ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

16. Decisión del Consejo y de la Comisión de 13 de diciembre de 1993, relativa a la celebración del Acuerdo sobre el *Espacio Económico Europeo* sobre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Austria, la República de Finlandia, la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega, el Reino de Suecia y la Confederación de Suiza, por otra parte (DOCE, L, núm. 1, de 3 de enero de 1994).
17. Decisión del Consejo y de la Comisión, de 13 de diciembre de 1993, relativa a la celebración del Protocolo por el que se adapta el Acuerdo sobre el *Espacio Económico Europeo* entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Austria, la República de Finlandia, la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega y el Reino de Suecia por otra parte (DOCE, L, núm. 1, de 3 de enero de 1994).
18. Información relativa a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre el *Espacio Económico Europeo* (DOCE, L, núm. 1, de 3 de enero de 1994).
19. Decisión del Consejo del EEE (*Espacio Económico Europeo*) núm. 1/94, de 17 de mayo de 1994, por la que se aprueba el Reglamento interno del Consejo del EEE (DOCE, L, núm. 138, de 2 de junio de 1994).

MATERIAS VARIAS: REGISTRO DE BUQUES, UTILIZACIÓN DEL ECU, COTIZACIÓN DE VALORES, LIBERTAD DE EXPRESIÓN, FONDO DE COHESIÓN

20. Reglamento (CE) núm. 109/94 de la Comisión de 19 de enero de 1994 relativo al *registro comunitario de buques pesqueros* (DOCE, L, núm. 19, de 22 de enero de 1994).
21. Recomendación de la Comisión de 19 de abril de 1994 relativa al régimen jurídico del ecu y de los *contratos expresados en ecus con miras a la introducción de la moneda única europea* (DOCE, L, núm. 121, de 12 de mayo de 1994).

La presente Recomendación responde a las exigencias fijadas en el Libro de la Comisión sobre la supresión de los obstáculos jurídicos para el uso del ecu, a cuyo tenor, para sentar las bases de la legislación monetaria europea, los Estados miembros deberían, como exigencia mínima, conceder al ecu el régimen jurídico de moneda extranjera, garantizando que no sea discriminado frente a las demás monedas a las que se haya concedido el

el mismo régimen jurídico. En este sentido, la Recomendación se acompaña de un Anexo tendente a facilitar la comprensión y la continuidad de los contratos denominados en ecus, señalando lo que ha de entenderse por «ecu», «cesta del ecu», «ecu como moneda única»... o equiparando otras designaciones similares como «ECU», «écu», «Ecu», «E.C.U.», etc., utilizadas en los contratos.

- 22. Directiva 94/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 1994 por la que se modifica la Directiva 80/390/CEE, sobre la coordinación de las condiciones de elaboración, control y difusión del *prospecto* que se publicará para la admisión de valores mobiliarios a la *cotización oficial en una bolsa de valores*, en lo que se refiere a la obligación de publicar dicho prospecto (DOCE, L, núm. 135, de 31 de mayo de 1994).**

La presente Directiva (*vid. al respecto el núm. 55 de la presente Crónica*) continúa el camino iniciado por otras disposiciones tendente a la simplificación de los procedimientos para la admisión o cotización transfronteriza de determinados valores. En este sentido y siguiendo el principio ya presente en el artículo 6 de la Directiva modificada (señalaba una serie de casos en los que la autoridad competente podrían eximir, total o parcialmente, de la obligación de publicar un prospecto de admisión a cotización en determinados casos) se confiere al Estado miembro en el que se solicite la admisión a cotización oficial la posibilidad de conceder, en determinados casos, la exención de publicación del prospecto a emisores cuyos valores ya han sido admitidos a la cotización oficial en una bolsa de otro Estado miembro. En general se tratará de sociedades de alta categoría y reputación internacional para las que bastará el suministro de información simplificada, aunque la Directiva abarca también los supuestos de sociedades participantes en un mercado secundario para la negociación de acciones no admitidas a la cotización oficial, pero que están sometidas a un sistema de supervisión que impone a las sociedad requisitos de información equivalentes a las sociedades admitidas.

- 23. Reglamento (CEE) núm. 1164/94 del Consejo de 16 de mayo de 1994 por el que se crea el *Fondo de cohesión* (DOCE, L, núm. 130, de 25 de mayo de 1994).**

B) *Propuestas, proyectos, actividades*

CONSUMO

- 24. Dictamen sobre el *diálogo entre proveedores y consumidores* (DOCE, C, núm. 34, de 2 de febrero de 1994).**

El 23 de marzo de 1993, de conformidad con el párrafo cuarto del artículo 20 de su Reglamento Interno, el Comité Económico y Social de-

cidió elaborar un Dictamen sobre el diálogo entre proveedores y consumidores. La Sección de Medio Ambiente, Sanidad y Consumo, encargada de preparar los trabajos en este asunto, aprobó su dictamen el 9 de noviembre de 1993 (Ponente: Sr. Hilkens; Coponente: Sr. Proumens). En su 310 pleno (sesión de 25 de noviembre de 1993), el Comité Económico y Social aprobó un dictamen en el que se propone un *modelo de autorregulación* a través del diálogo en aspectos no directamente regulados por actos concretos de la Comunidad. Tal autorregulación partiría de una recomendación de la Comisión en la que se establecería el marco y las condiciones esenciales que la autorregulación debería satisfacer. El objetivo último sería la creación de convenios vinculantes o celebración de acuerdos mediante regulación bilateral. El modelo desarrollado por el presente dictamen es un modelo general para el desarrollo ulterior de la política relativa a consumidores, por lo que implicará un examen sector por sector para determinar cuáles son susceptibles de autorregulación y cuáles no. A tales efectos, el Dictamen señala unos ámbitos prioritarios para autorregulación que, al mismo tiempo, son los que han servido de referencia para la delimitación del modelo propuesto; estos ámbitos son: la información del consumidor, la clasificación de hoteles, la garantía de servicios de postventa, acuerdos con entidades financieras en materia de condiciones y métodos de pago, disposiciones en materia de reclamaciones, seguros, medicamentos y propuestas para comisiones de arbitraje.

25. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 79/112/CEE 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, C, núm. 118, de 29 de abril de 1994).**

MEDIO AMBIENTE

26. **Propuesta modificada de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 91/689/CEE relativa a los residuos peligros (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 189 A del Tratado CE al 28 de diciembre de 1993) (DOCE, C, núm. 52, de 19 de febrero de 1994).**

MERCANCÍAS

27. **Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un procedimiento de información mutua sobre las medidas nacionales de excepción al principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad (presentada por la Comisión**

el 15 de diciembre de 1993) (DOCE, C, núm. 18, de 21 de enero de 1994).

28. **Dictamen sobre la 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 (DOCE, C, núm. 52, de 19 de febrero de 1994).**

Vid. el núm. 59 de la Crónica anterior.

29. **Propuesta de Reglamento 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 de las *mercancías piratas* [COM(93)0329 - C3-0321/93] (DOCE, C, núm. 61, de 28 de febrero de 1994).**

30. **Propuesta modificada de Reglamento (CE) del Consejo por el que se establecen las medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las *mercancías con usurpación de marca* y las mercancías piratas. [Modificación de la 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; referenciada en la Crónica anterior, núm. 59] (DOCE, C, núm. 86, de 23 de marzo de 1994.)**

PROPIEDADES ESPECIALES

31. **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el *diseño comunitario*, presentada por la Comisión el 3 de diciembre de 1993 (DOCE, C, núm. 29, de 31 de enero de 1994).**

La detallada regulación de los 128 artículos de la propuesta de Reglamento sobre el diseño comunitario hace que una mera descripción temática mínimamente rigurosa exceda con mucho del marco de la presente crónica. La libre competencia y la liberación de obstáculos para la libre circulación de mercancías son la base jurídica para la regulación directa y uniforme que la presente propuesta trata de alcanzar. La misma se levanta sobre una protección articulada en dos distintos niveles (diseño registrado y diseño no registrado), con un organigrama que pivota en torno a una única Oficina a cargo de un único registro comunitario de diseños y una doble vía contenciosa que descansa, por un lado, en la propia Oficina con el Tribunal de Justicia como última instancia, y, por otro, en el establecimiento de

órganos judiciales nacionales *ad hoc* (tribunales de diseños comunitarios) con un también específico régimen de competencia judicial internacional.

El doble régimen de protección viene dado por el hecho de que en algunos sectores se crea un gran número de diseños que frecuentemente tienen una vida comercial breve, por lo que exigen una protección sin necesidad de pasar por los complejos trámites de registro. Ello hace que, al contrario que los diseños registrados, éstos confieran solamente el derecho a impedir copias del mismo sin autorización de su titular o a impedir su utilización como consecuencia de una copia, mientras que el diseño registrado proporciona al titular un derecho de carácter exclusivo a utilizarlo y a impedir a terceros la utilización sin su consentimiento de cualquier diseño comprendido en el ámbito de protección del diseño comunitario registrado (arts. 20 y 21). Por lo que se refiere a los procedimientos para conocer de acciones relativas a los diseños comunitarios, la Oficina de Diseños Comunitarios (a la que se dedica el Título XII) conocerá de las acciones directas de nulidad de diseños registrados, entabladas por la Comisión, los Estados miembros y por terceros. Este procedimiento contará con las garantías accesorias de una sala de apelación y, en último extremo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Paralelamente y con un ámbito de competencia general, el Reglamento prevé la creación de Tribunales de diseños comunitarios en número «tan limitado como sea posible» (art. 84) y con competencia exclusiva sobre las acciones por infracción y por posible infracción de diseños comunitarios, sobre las acciones de declaración de inexistencia la infracción, sobre las acciones de declaración de nulidad de un diseño comunitario no registrado y sobre las demandas de reconvenCIÓN para la declaración de nulidad de un diseño comunitario interpuestas a raíz de las demandas por infracción o posible infracción (art. 85). Este régimen jurisdiccional se ve acompañado de una regulación detallada de la competencia judicial internacional de estos juzgados. A partir de la base del Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, se realiza una serie de limitaciones y matizaciones y extensiones al alcance de tal instrumento que viene a modificar en cierta medida su filosofía en virtud de las peculiares exigencias de los procedimientos sobre diseño. Al mismo tiempo, se coordinan los aspectos procesales de los procedimientos ante los Tribunales especializados y de los eventuales procedimientos ante la Oficina de Diseños y ante el resto de los órganos judiciales nacionales (Título X).

Los Títulos II y III versan sobre los aspectos sustantivos del diseño comunitario (definiciones, condiciones generales, ámbito y plazos de protección, titularidad y derechos inherentes a la misma, nulidad del diseño, Diseño comunitario como objeto de la propiedad...), mientras que los Títulos IV a IX se refieren, respectivamente, a la solicitud de diseño comunitario registrado, procedimiento de registro, plazo de protección del diseño registrado, renuncia y nulidad del diseño comunitario registrado, recurso contra

las resoluciones de la Oficina de Diseños Comunitarios y procedimiento ante la Oficina.

TRANSPORTES

32. **Propuesta de Directiva del Consejo sobre la aproximación de legislaciones de los Estados miembros con respecto al *transporte de mercancías peligrosas por carretera* (presentada por la Comisión el 25 de noviembre de 1993) (DOCE, C, núm. 17, de 20 de enero de 1994).**
33. **Propuesta de Directiva del Consejo sobre concesión de licencias a las *empresas ferroviarias* (presentada por la Comisión el 15 de diciembre de 1993) (DOCE, C, núm. 24, de 28 de enero de 1994).**
34. **Propuesta de Directiva del Consejo relativa a procedimientos uniformes de control del *transporte de mercancías peligrosas por carretera*, presentada por la Comisión el 15 de diciembre de 1993 (DOCE, C, núm. 26, de 29 de enero de 1994).**

MEDIOS DE COMUNICACIÓN

35. **Resolución sobre el Libro Verde de la Comisión «*Pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior*» (DOCE, C, núm. 44, de 14 de febrero de 1994).**
36. **Pregunta escrita núm. E-1952/93 del Sr. Sotiris Kostopoulos a la Comisión de las Comunidades Europeas (19 de julio de 1993) y Respuesta del Sr. Bangemann en nombre de la Comisión (29 de octubre de 1993). Asunto: *El mercado único en el sector de las telecomunicaciones* (DOCE, C, núm. 46, de 14 de febrero de 1994).**

Pregunta: «¿Cuándo se espera que el Consejo apruebe las propuestas de acción en lo que se refiere a la apertura de las redes telefónicas a una competencia restringida?»

Respuesta: «El 28 de abril de 1993 la Comisión adoptó una comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la situación del sector de servicios de telecomunicación. En esa comunicación se recogen los resultados de un amplio estudio que la Comisión ha realizado sobre el futuro del sector y se propone un calendario para su desarrollo. El 16 de junio de 1993 el Consejo de telecomunicación adoptó una resolución por la que se ratificaba los resultados del estudio y apoyaba el calendario propuesto en la comunicación de la Comisión. El Consejo estuvo de acuerdo con la fecha del 1 de enero de 1998 para la total liberalización de la telefonía vocal en toda la Comunidad, aunque con disposiciones transitorias para

Grecia, España, Irlanda, Luxemburgo y Portugal. El Consejo está también de acuerdo con que la Comisión publique un libro blanco sobre la futura política de infraestructura de telecomunicaciones y redes de televisión por cable para el 1 de enero de 1995.

Ello no perjudica la evaluación, de conformidad con las normas aplicables del Tratado CE, de las actuales restricciones al uso por parte de terceros de la capacidad de transmisión de la que pudieran disponer las redes de televisión por cable y las demás existentes de ferrocarril u otros servicios públicos.

La Comisión realizará estudios sobre las repercusiones de la eliminación de esas restricciones referentes al uso de otras infraestructuras para grupos cerrados de usuarios y redes de empresa en relación con la prestación de servicios ya abiertos a la competencia. La Comisión volverá a informar al Consejo sobre el libro blanco y los resultados de estos estudios a corto plazo.»

- 37. Pregunta escrita núm. 911/93 de la Sra. Anita Pollak a la Comisión de las Comunidades Europeas (27 de abril de 1993) y respuesta del Sr. Pinheiro en nombre de la Comisión (3 de septiembre de 1993). Asunto: *Difusión transfronteriza de programas de televisión* (DOCE, C, núm. 46, de 14 de febrero de 1994).**

Pregunta: «¿Tiene conocimiento la Comisión de un programa de televisión transmitido por satélite denominado "Red Hot Dutch" que por lo visto puede ser visionado en el Reino Unido y que contiene programas de carácter pornográfico, así como un tipo de programa similar procedente de Dinamarca, programas que ambos pueden ser vistos por niños? ¿Infringen estos programas lo dispuesto en la Directiva de la CEE sobre la difusión transfronteriza de programas de televisión? ¿Ha realizado la Comisión alguna gestión frente a las autoridades de los Países Bajos y Dinamarca?»

Respuesta: «Las autoridades británicas notificarán oficialmente a la Comisión el 19 de marzo de 1993 su intención de suspender la retransmisión en su territorio de los programas pornográficos de Red Hot Televisión, con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva sobre la difusión transfronteriza de programas de televisión, a menos que se llegara a un acuerdo dentro de los 15 días a partir de la notificación. En aquel momento la Comisión carecía de información para determinar con seguridad el lugar donde se encontraba la emisora en cuestión y, por tanto, el Estado miembro bajo cuya jurisdicción se encontraba a efectos de la directiva. No obstante, la Comisión tomó la posición de que, con arreglo al artículo 22 de la directiva, los Estados miembros deberán tomar las medidas adecuadas para garantizar que las emisiones no incluyan programas que puedan perjudicar gravemente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, en particular por medio de la pornografía o la violencia gratuita. A la luz de estas disposiciones, la Comisión considera que está claro que un Estado miembro tiene la posibilidad de actuar contra los

canales que infrinjan el artículo 22 de la directiva. En el caso específico de Red Hot Televisión, y a la luz de la información de que dispone la Comisión, ésta consideró que las medidas notificadas eran compatibles con la legislación comunitaria. No presentó, por tanto, ninguna objeción con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 2 de la directiva antes de que el plazo para el procedimiento de conciliación abierto por la notificación británica expirara el 2 de abril. La Comisión ha sido informada por las autoridades danesas de que la "Danisch Satellite and Cable Authority" ha concedido un permiso para la transmisión de programas por satélite a una sociedad llamada "Continental Television Scandinavia" para la transmisión de programas de Red Hot Television, a condición de que la sociedad en cuestión se encuentre bajo jurisdicción danesa (es decir, que se establezca en Dinamarca). La Comisión entiende que las demás condiciones incluyen el que cualquier material pornográfico pueda transmitirse únicamente después de la una de la madrugada y que resulte imposible recibir dicho material sin el uso de un detector individual. Además, la Comisión ha sido informada de que el Gobierno danés no presentaría objeciones si otro Estado miembro tomara medidas para impedir la recepción del canal en cuestión o de cualquier tipo de programa similar.»

38. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una política para el reconocimiento mutuo de licencias y otras autorizaciones nacionales para la prestación de servicios de redes de satélite y/o servicios de comunicación por satélite (presentada por la Comisión el 4 de enero de 1994) (DOCE, C, núm. 36, de 4 de febrero de 1994).**
39. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al reconocimiento mutuo de licencias y otras autorizaciones nacionales por servicios de telecomunicación (Texto pertinente a los fines del EEE) (Presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 189 A del Tratado CE el 24 de marzo de 1994) (DOCE, C, núm. 108, de 16 de abril de 1994).**

POLÍTICA SOCIAL

40. **Resolución sobre la propuesta de directiva sobre la protección de los jóvenes en el trabajo (DOCE, C, núm. 44, de 14 de febrero de 1994).**
41. **Resolución del Parlamento Europeo sobre el reparto del derecho a pensión en el caso de la mujer divorciada o separada de su cónyuge en los Estados miembros de la Comunidad (DOCE, C, núm. 44, de 14 de febrero de 1994).**

Enmarcada en la política social y más concretamente en el ámbito de pensiones de la seguridad social, la resolución del Parlamento Europeo re-

cuerda algunas instituciones típicamente civiles, como la *Versorgungsausgleich* alemana, que tratan de recomponer un cierto equilibrio económico tras la concurrencia de una crisis matrimonial. El Parlamento considera que los Estados miembros deberían tomar las medidas necesarias para prever un sistema de reparto de los derechos a pensión en caso de separación o divorcio; pide, además, a los Estados miembros, que de conformidad con la Recomendación 92/441/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social, tomen todas las medidas necesarias para reconocer a toda persona divorciada o separada el derecho a una serie de recursos y prestaciones que le permitan vivir de manera digna, en particular en lo que se refiere a los derechos a pensión; y pide a la Comisión que estudie un sistema de reparto de los derechos a pensión que represente, en comparación con las disposiciones legales generalmente en vigor en materia de divorcio mayor equidad entre los antiguos cónyuges y, sobre todo, mayor seguridad social para los cónyuges divorciados que han asumido las obligaciones familiares interrumpiendo su actividad profesional. Asimismo, en la Resolución se pide a la Comisión que dé ejemplo y que presente una propuesta para completar en este sentido el Estatuto de los funcionarios de la CE y que no se vincule el derecho a pensión con el derecho a una pensión alimentaria.

42. **Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la constitución de un comité europeo o al establecimiento de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (DOCE, C, núm. 135, de 18 de mayo de 1994).**
43. **Dictamen sobre el Libro Verde sobre la Política Social Europea: Opciones para la Unión-Comunicación del Sr. Flynn (DOCE, C, núm. 148, de 30 de mayo de 1994).**

CONTRATACIÓN

44. **Pregunta escrita núm. 2983/92 del Sr. José Valverde López a la Comisión de las Comunidades Europeas (30 de noviembre de 1992) y respuesta dada por el Sr. Vanni d'Archirafi en nombre de la Comisión (11 de octubre de 1993). Asunto: Incumplimiento por parte del Gobierno español de la Directiva sobre contratos públicos de obra y suministros (DOCE, C, núm. 25, de 28 de enero de 1994).**

Pregunta: «¿Qué razones ha alegado el Gobierno español sobre la disconformidad de las medidas nacionales de ejecución de las Directivas 71/301/CEE, artículos 30 y 59 del Tratado CEE y Directiva 77/62/CEE?»

Respuesta: «Se ruega a Su Señoría que se remita al informe para la vista elaborado por el Tribunal de Justicia en el asunto C-71/92.»

45. Comunicación del Consejo relativa al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOCE, C, núm. 42, de 12 de febrero de 1994).

«Como consecuencia de haber depositado la República Italiana, el 15 de diciembre de 1993, el instrumento de ratificación del Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, firmado en Funchal el 18 de mayo de 1992, éste entrará en vigor, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 de su artículo 5, el 1 de marzo de 1994 en las relaciones entre la República Italiana y los Estados que ya han depositado sus instrumentos de ratificación (los Países Bajos y España).»

46. Posición Común (CE) núm. 12/94 adoptada por el consejo el 4 de marzo de 1994 con vistas a la adopción de la Directiva 94/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE, C, núm. 137, de 19 de mayo de 1994).

La historia de la regulación comunitaria relativa a los contratos de utilización de inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido (*vid.* el núm. 32 de la Crónica aparecida en *ADC*, 1993, pp. 269-297 y los números 40, 47 y 50 de la Crónica anterior) se enriquece con la presente Posición común que viene, en sus propias palabras, a garantizar un alto nivel de protección de los adquirentes, más elevado de lo que proyectaba el Parlamento Europeo pero con un exquisito respeto al principio de subsidiariedad, lo que hace que cada nuevo texto posea un ámbito problemático más reducido. Efectivamente alguna de las cautelas que manifestábamos en el comentario a la Propuesta modificada (cf. Crónica anterior, núm. 40) reciben cumplida respuesta a través de esta Posición común. De un lado, el principio de base de prohibición de anticipos sobre el precio de compra es asumido en esta Posición común como principio incondicionado (en la Propuesta podía desvirtuarse por pacto de las partes): no se autoriza ningún anticipo. En el mismo sentido se orienta la proposición de la normativa sobre la lengua a utilizar en el contrato. Si en la Propuesta subsistía una cierta libertad en el sentido de que el contrato podía redactarse en cualquier lengua que el adquirente «declarase conocer», la Posición común objetiviza la utilización de la lengua o de una de las lenguas del Estado miembro en que resida el adquirente o de la lengua o de una de las lenguas del Estado miembro del que éste sea nacional, a elección del adquirente; además el vendedor deberá facilitar una traducción conforme del contrato en la lengua

o en una de las lenguas oficiales de entre las lenguas de la Comunidad del Estado miembro en que esté situado el inmueble.

También se produce una modificación del plazo para resolver el contrato por mera declaración del adquirente. La unificación de la Propuesta modificada de directiva (28 días) es considerada excesiva por el Consejo, teniendo en cuenta que podría ser gravosa para el mercado incentivando al vendedor a aumentar sus precios al establecerse un período de espera excesivamente largo. La posición común vuelve a diferenciar dos plazos distintos, pero esta vez en función de que el contrato contenga o no todos los elementos informativos necesarios. Así, cuando tal circunstancia se produce, el adquirente dispone de 10 días para apartarse del contrato; en otro caso, el plazo es de tres meses. Si durante esos tres meses la información se facilita, el plazo será de 10 días desde ese momento.

Por último, la Posición común vuelve sobre los aspectos de Derecho internacional privado restringido el mandato de protección. En su motivación se lee que al tiempo que se comparte la preocupación por garantizar una protección tan amplia como sea posible al adquirente, incluso en el caso de que el contrato estipulara la aplicación del Derecho de un tercer país, el Consejo ha estimado que será ilusorio y engañoso pretender garantizar esta protección de forma universal y ha limitado su alcance únicamente al territorio de los Estados miembros. El resultado es el artículo 9, a cuyo tenor «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro». Tal restricción parece injustificada y, sobre todo, es un mandato que generalmente estará vacío de contenido. Raramente un contrato sobre adquisición de un derecho de uso sobre un bien situado en un Estado contratante estará sometido a una ley distinta de un Estado contratante (el del lugar de situación del bien, el del lugar de residencia del adquirente...); y, por definición, los Derechos de los Estados contratantes habrán desarrollado la futura Directiva. Por el contrario, admitir que un contrato relativo a bienes inmuebles situados fuera de la Comunidad (*ad ex. país del Norte de África, Canadá, Sudamérica*) celebrado en la Comunidad mediante una actividad del vendedor también desarrollada en la Comunidad (un contrato que afecta al mercado comunitario) pueda quedar al margen de la protección de la futura directiva no parece del todo admisible.

- 47. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 89/647/CEE del Consejo en lo que se refiere al reconocimiento a efectos de supervisión de los *contratos de novación y acuerdos de compensación* («compensación contractual») (DOCE, C, núm. 142, de 25 de mayo de 1994).**

DERECHOS FUNDAMENTALES

- 48. Resolución del Parlamento Europeo sobre la libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (DOCE, C, núm. 20, de 24 de enero de 1994).**

Entre otros puntos el Parlamento Europeo confirma que la libertad de expresión es un derecho constitucional inalienable (punto 1), solicita a los poderes públicos que no hagan uso de la vía penal para responder a los ataques o críticas injustificadas de sus adversarios y que respeten la libertad de expresión (3), reconoce que la libertad de prensa y el derecho a la información son manifestaciones claras de la libertad de expresión (5), afirma que se ha de garantizar el derecho a los periodistas de proteger sus fuentes confidenciales (8), insiste en la utilidad democrática del periodismo de investigación (11), alerta contra los ataques que el pluralismo pueda sufrir como consecuencia de las concentraciones empresariales (14), rechaza la utilización de determinadas figuras delictivas en los ordenamientos penales nacionales con el fin de encubrir decisiones o acciones de carácter político o administrativo y destaca que su aplicación ha de limitarse a descubrimientos de carácter puramente personal (16).

- 49. Pregunta escrita núm. E-2222/93 de la Sra. Johanna-Christina Gruns a la Comisión de las Comunidades Europeas (29 de julio de 1993) y respuesta del Sr. Van den Broek en nombre de la Comisión (26 de octubre de 1993). Asunto: Codificación de derechos fundamentales en la Comunidad Europea (DOCE, C, núm. 25, de 28 de enero de 1994).**

Pregunta: «Como miembro titular de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos del Parlamento Europeo solicito a la Comisión que elabore un cuadro esquemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el que figuren todos los asuntos que tienen que ver con los derechos fundamentales garantizados por el Tribunal de Justicia. Agradecería a la Comisión que, en el marco de esta catalogación de asuntos, acometiera al mismo tiempo la tarea de codificar los derechos fundamentales reconocidos por el Tribunal de Justicia, con el fin de disponer de una posibilidad de comparación con el nivel de protección de los derechos fundamentales a escala nacional.»

Respuesta: «El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el alcance y la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad, inspirándose al hacerlo en su jurisprudencia constante, en los principios constitucionales tradicionales comunes a todos los Estados miembros y en los acuerdos internacionales que vinculan a la Comunidad en este ámbito, especialmente el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El Libro Blanco presentado en 1988 por la Comisión institucional del Parlamento sobre las libertades y los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos (po-

nente: Karel de Gucht) incluye un compendio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia. Por el momento la Comunidad no dispone de un catálogo vinculante de los derechos humanos y las libertades fundamentales de que disfrutan sus ciudadanos; no obstante, el Parlamento, el Consejo y la Comisión se comprometieron en su declaración común de 5 de abril de 1977 a garantizar y proteger los derechos fundamentales en el ejercicio de sus actividades, haciendo referencia explícita al Convenio Europeo de los Derechos Humanos. El preámbulo del Acta Unica Europea de 1986 y el apartado 2 del artículo F del proyecto del Tratado de la Unión Europea incluyen disposiciones similares. Además, la Comisión propuso al Consejo en 1979, y de nuevo en 1990, la adhesión de la Comunidad del Convenio de los derechos Humanos, lo que permitiría no sólo proteger a todos los ciudadanos de la Comunidad frente a los actos de esta última en la medida en que lo están frente a los de los Estados miembros, sino también simbolizar los valores comunes de la Comunidad así como la identidad europea y reforzar la credibilidad del compromiso de la Comunidad y sus Estados miembros en favor de la defensa de los derechos humanos a escala internacional. Por último, en 1989 el Parlamento, mediante su declaración sobre las libertades y los derechos fundamentales, colaboró de forma importante en el debate sobre la elaboración del catálogo de los derechos fundamentales de la Comunidad.»

50. Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de *derechos de los homosexuales y de las lesbianas* en la Comunidad Europea (DOCE, C, núm. 61, de 28 de febrero de 1994).

Entre los aspectos de los tratados por esta divulgada Resolución que más directamente tocan a la modificación de los sistemas jurídicos de los Estados miembros, el Parlamento pide a la Comisión que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y los homosexuales cuyo contenido debería tratar de poner fin, entre otros aspectos, a la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales y heterosexuales; a toda forma de discriminación en el derecho laboral y relativo a los servicios públicos y a la discriminación en el derecho penal, civil, contractual y comercial; a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales (la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia); a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños.

51. Propuesta de Directiva del Consejo por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de *sufragio activo y pasivo* en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales (Pre-

sentada por la Comisión el 28 de febrero de 1994) (DOCE, C, núm. 105, de 13 de abril de 1994).

- 52. Resolución del Parlamento Europeo sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio europeo de Derechos Humanos (DOCE, C, núm. 44, de 14 de febrero de 1994).**

El Parlamento Europeo estima que la ampliación de las competencias de la Comunidad, según prevé el Tratado de la unión Europea tendrá como consecuencia una mayor injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales de los individuos a través del Derecho comunitario, de las acciones de la Comunidad y de las normas derivadas de ambos y, en consecuencia, comporta un mayor riesgo contra los derechos y las libertades fundamentales. Por ello considera conveniente sopesar las ventajas que conlleva el conceder al individuo la posibilidad de introducir un recurso directo ante una instancia jurisdiccional internacional externa a la Unión en relación con la compatibilidad de un acto comunitario o de un acto nacional de ejecución con sus derechos fundamentales, tal como se consignan en el Convenio europeo de derechos humanos. En este sentido, expresa su acuerdo para que la Comisión reciba del Consejo la autorización para negociar con el Consejo de Europa las modalidades de la adhesión; adhesión que habría de verse acompañada de una serie de reservas, en aplicación del artículo 64 del CEDH, especialmente en relación con el alcance sobre las materias que son competencia de la Comunidad, y que en modo alguno habría de restar impulso a la adopción por parte de la Comunidad de su propia declaración de derechos humanos y de libertades fundamentales, que podría garantizar derechos adicionales con respecto al CEDH.

ENTIDADES DE CRÉDITO, INVERSIÓN, COTIZACIÓN

- 53. Dictamen sobre la 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. 52, de 19 de febrero de 1994). *Vid.* el núm. 55 de la Crónica anterior.**
- 54. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a los sistemas de garantía de inversiones (DOCE, C, núm. 127, de 7 de mayo de 1994).**
- 55. Posición Común (CE) núm. 11/94 adoptada por el Consejo el 4 de marzo de 1994 con vistas a la adopción de la Directiva 94/.../CE**

del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., por la que se modifica la Directiva 80/390/CEE, sobre la coordinación de las condiciones de elaboración, control y difusión del prospecto que se publicará para la admisión de valores mobiliarios a la cotización oficial en una bolsa de valores, en lo que se refiere a la obligación de publicar dicho prospecto (DOCE, C, núm. 137, de 19 de mayo de 1994).

La presente Posición común hace referencia a la Propuesta de directiva al objeto citado (DOCE, C, núm. 23, de 27 de enero de 1993) cuyo objeto es al actualización de la Directiva 80/390/CEE en el sentido de simplificar las formalidades de los procedimientos transfronterizos relativos a la cotización de valores. La citada Directiva prevé, como medida de protección al inversor, la obligación de publicación de un prospecto con un concreto contenido; obligación que a través de la presente propuesta de modificación podrá liberarse total o parcialmente en determinados supuestos: valores que hayan sido admitidos a cotización oficial en una bolsa de otro Estado miembro, sociedades de alta categoría y reputación internacional que en algún momento cotizaron en el mercado de un Estado miembro, siendo ampliamente conocidas... Para ello se deja un suficiente ámbito de decisión a las autoridades nacionales de los Estados miembros para permitir una información simplificada siempre que a su juicio derive en una información suficiente para los inversores.

MATERIAS VARIAS: FRONTERAS EXTERIORES, POLÍTICA DE COMPETENCIA, RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE, PUBLICIDAD COMPARATIVA, APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

- 56. Propuesta de Decisión, basada en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se aprueba el Convenio sobre el paso de las fronteras exteriores de los Estados miembros (Presentada por la Comisión el 10 de diciembre de 1993) (DOCE, núm. 11, de 15 de enero de 1994).**

La presente propuesta se concentra en la recomendación a los Estados miembros para que aprueben, según sus respectivas normas constitucionales, y a más tardar el 31 de diciembre de 1994, el Convenio relativo al control de las personas en el cruce de las fronteras exteriores que aparece como anexo a dicha propuesta. Asimismo, en este mismo número de DOCE y en íntima relación con el tema aparece la Propuesta de Reglamento, basado en el artículo 100 C del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros (presentada por la Comisión el 10 de diciembre de 1993), con un anexo en el que se detalla la relación de países.

57. Dictamen sobre el XXII Informe sobre la política de competencia (DOCE, C, núm. 34, de 2 de febrero de 1994).

El 9 de julio de 1993, de conformidad con el artículo 198 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, la Comisión decidió consultar al Comité Económico y Social sobre el XXII Informe sobre la política de competencia. La sección de Industria, Comercio, Artesanía y Servicios, encargada de preparar los trabajos en este asunto, aprobó su dictamen el 3 de noviembre de 1993 (Ponente: Sr. Bagliano). En su 310 pleno (sesión del 24 de noviembre de 1993), el Comité Económico y Social aprobó un dictamen cuyo contenido se corresponde con los siguientes temas: desaceleración del crecimiento económico, visión dinámica de los mercados, principio de subsidiariedad, cometido de las jurisdicciones nacionales, actividad de la Comisión, coordinación de las políticas comunitarias, política de competencia y consumidores, reglamentos de exención por categorías-cooperación-transferencia de tecnologías-empresas de naturaleza cooperativa, control de las concentraciones, ayudas estatales, política de competencia y PYME, política de medio ambiente y política de competencia y política de competencia en el plano internacional.

58. Pregunta escrita núm. E-1926/93 del Sr. Sotiris Kostopoulos a la Comisión de las Comunidades Europeas (19 de julio de 1993) y respuesta del Sr. Vanni d'Archirafi en nombre de la Comisión (6 de octubre de 1993). Asunto: Régimen vigente en materia de responsabilidad de los fabricantes de productos (DOCE, C, núm. 32, de 2 de febrero de 1994).

Pregunta: «La Comunidad dispone de normas en las que se prevé que los fabricantes son responsables de toda lesión padecida por una persona, de los daños a la propiedad o de la posible muerte que provoquen sus productos. Estas normas, sin embargo, se aplican de diferente manera, o simplemente no se aplican en todos los Estados miembros de la CEE (Italia y España). Teniendo en cuenta lo expuesto, ¿no cree necesario la Comisión que debe establecerse, en el plazo más breve posible, en todo el territorio comunitario, un régimen común y único en materia de responsabilidad de los fabricantes de productos?»

Respuesta: «El Consejo adoptó en 1985 la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad de los productores sobre sus productos defectuosos, que cubre los daños en caso de lesiones corporales o muerte causados por un producto defectuoso. La han aplicado 10 Estados miembros y se espera que Francia y España aprueben en breve plazo sus anteproyectos de ley. Aunque se trata esencialmente de una directiva de armonización, deja a la discreción de los Estados miembros 3 opciones relativas a: 1) la definición de un producto (pueden incluir o excluir las materias primas agrícolas), 2) la inclusión o exclusión de una cláusula de protección sobre el riesgo asociado al desarrollo y 3) la aplicación o no de una responsabilidad limitada a un importe no inferior a 77 millones de ecus. Todo ello ha provocado

varias divergencias de orden menor. Se está llevando a cabo el informe establecido por el artículo 21 de la Directiva sobre su aplicación práctica, que se publicará a finales del presente año y constituirá el punto de partida para el informe que se elabore en 1995 sobre las opciones escogidas. Sus resultados podrán aconsejar, que se eliminen dichas opciones o indicar que, de hecho, su utilización no supone ningún perjuicio. La Comisión se ha puesto en contacto con los Estados miembros para tratar de velar por una aplicación lo más uniforme posible de la Directiva, en lo que a la responsabilidad de los productos se refiere.»

59. Resolución del Parlamento Europeo sobre las funciones y Europa (DOCE, C, núm. 91, de 28 de marzo de 1994).

Aparte de consideraciones sobre la gran importancia y la importante labor que cumplen las fundaciones y de congratularse por el aumento de las mismas y del interés por ellas, el Parlamento Europeo viene a invitar a la Comisión Europea a que fije la relación fundaciones/Unión Europea en un documento que se sometería al propio Parlamento, el cual lo examinaría a partir de una amplia audiencia de las funciones y centros o grupos de fundaciones interesados, con vistas a establecer el instrumento pertinente (punto 20 de la Resolución).

60. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre *publicidad comparativa*, y por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa (DOCE, C, núm. 136, de 19 de mayo de 1994).

Sin ser numerosas las modificaciones introducidas por esta Propuesta modificada, sí incorporan un valor *pro* mercado o *pro* libre competencia en la dialéctica que la materia plantea entre los principios de derecho a la información de los consumidores, como derecho básico de los mismos, y la posible distorsión de la libre competencia que motivaría el hecho de que las empresas pudiesen verse expuestas a formas de publicidad desarrolladas por competidores a las que no pudieran responder con medios legales. La primera modificación en uno de los considerandos de la Propuesta ya da una idea del tono de la misma. Es importante autorizar —se dice—, *bajo condiciones muy estrictas* (y esto es modificación) la utilización de la publicidad comparativa en todos los Estados miembros, pues ello contribuirá a resaltar las ventajas de los distintos productos de una misma gama. La publicidad comparativa *sólo* se autorizará si compara, de modo objetivo, características esenciales, pertinentes, *siempre* verificables, seleccionadas equitativamente y *representativas* de bienes o de servicios que compitan entre sí siempre que no sea engañosa, no cree confusión, no cause descrédito y *no tenga por objeto la personalidad o la situación personal de un competidor* (la cursiva señala alguna de las modificaciones en la definición que incorpora el artículo 3 bis). El resto de las mismas afectan a la necesidad de indicar durante cuánto tiempo se mantienen las características de los

bienes o de los servicios comparados cuando sean objeto de una oferta especial o de carácter temporal y a la salvedad que se introduce en beneficio de la normativa comunitaria aplicable a la publicidad sobre determinados productos y/o servicios o relativa al contenido publicitario de los diferentes medios de comunicación.

61. Undécimo informe anual de la Comisión al Parlamento Europeo sobre el control de la aplicación del Derecho Comunitario (DOCE, C, núm. 154, de 6 de junio de 1994).

La Comisión Europea elabora el informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario en respuesta a las sucesivas peticiones del Parlamento Europeo y de los Estados miembros. Del presente informe se desprenden, entre otras conclusiones de interés, que en 1993 se produjo una disminución de más del 30 por 100 del número de recursos planteados ante el Tribunal, lo que, a decir del Informe, evidencia la eficacia de las intervenciones de la Comisión y permite hacer una valoración relativamente positiva, con sectores en los que se ha apreciado una clara mejoría, como el de la libre circulación de mercancías, frente a otros en los que la situación contraria es la predominante (*ad ex.*, contratos públicos). El desarrollo y respeto de las directivas se ha situado en torno al 90 por 100 (España, con un 90,1 por 100 se sitúa en el sexto lugar en el cumplimiento de las mismas) con sectores que evidencian un seguimiento eficaz (productos farmacéuticos, vehículos de motor, mecánica, telecomunicaciones, contratos públicos, política de consumidores y seguridad de los productos...) junto a otros donde se ha producido una clara disminución en el índice de cumplimiento (agrícola y medio ambiente).

II. JURISPRUDENCIA DEL TJCE Y DEL TPICE

MERCANCÍAS

- 62. STJCE de 30 de noviembre de 1993, As. C-317/91, *Deutsche Renault AG contra Audi Ag*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Derecho de marcas. Artículos 30 y 36 del Tratado CEE. Protección de una denominación que consiste en la transcripción de una cifra en letras. Posible confusión de las marcas «Quattro» y «Quadra» para designar vehículos con tracción a las cuatro ruedas. La prohibición por parte de un Estado parte de la utilización del segundo no constituye un obstáculo prohibido al comercio entre los Estados miembros.**
- 63. STJCE de 15 de diciembre de 1993, As. C-292/92, *R. Hünermund y otros contra Landesapotheke Kamer Baden-Württemberg*. Cuestión prejudicial. Artículos 30 y 36 del Tratado CEE. Libre circu-**

- lación de mercancías. *Productos parafarmacéuticos.* Norma deontológica sobre prohibición de publicidad fuera de la oficina de farmacia. Medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación: No.**
64. STJCE de 2 de febrero de 1994, As. C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb eV contra Clinique Laboratories SNC y otros.* Cuestión prejudicial. Artículos 30 y 36 del Tratado y el apartado 2 del artículo 6 de la Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de *productos cosméticos*. Libre circulación de mercancías. Denominación de un producto cosmético que puede inducir a error a los consumidores. Prohibición de importación.
65. STJCE de 18 de mayo de 1994, As. C-309/89, *Codorniu, S. A., contra Consejo de la Unión Europea.* Recurso de anulación parcial del Reglamento (CEE) núm. 2045/89 del Consejo, de 19 de junio de 1989, por el que se establecen normas generales para la designación y la presentación de los *vinos espumosos* y de los vinos espumosos gasificados: reserva de la mención «crémant» para algunos vinos elaborados en Francia y en Luxemburgo. Requisitos para la utilización de la mención. Derecho de Codorniu, S. A. para la utilización de la mención. Anulación parcial del Reglamento.
66. STJCE de 1 de junio de 1994, As. C-317/92, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania.* Libre circulación de mercancías. Medicamentos e instrumentos médicos estériles y desechables. Artículo 30 del Tratado CEE. Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. *Fechas de caducidad a indicar en el embalaje* de los productos. Limitación a dos por año (30 de junio y 31 de diciembre). Contrariedad con el Derecho comunitario.
67. STJCE de 2 de junio de 1994, Ass. acumulados C-401/92 y C-402/92, *Tankstation 't Heukske vof y J.B.E. Boermans.* Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Artículo 30 del Tratado CEE. Disposiciones combinadas de los artículos 3, letra f), 5, 85 y 86 del Tratado CEE. *Normativa nacional relativa al cierre del comercio* que puede oponerse a todos los operadores económicos que ejerzan actividades en el territorio nacional, afectando en igual medida a la comercialización de los productos nacionales y a la de los productos procedentes de otros Estados miembros. No contrariedad con el Derecho comunitario.

68. STJCE de 2 de junio de 1994, Ass. acumulados C-69/93 y C-258/93, *Punto Casa SpA contra Sindaco del Comune di Capena y otros*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Artículos 30 y 36 del Tratado CEE. Normativa nacional sobre el cierre de los comercios (los domingos) que es oponible a todos los operadores económicos que ejercen actividades en el territorio nacional y que afecta de igual modo a la comercialización de los productos nacionales y a la de los productos procedentes de otros Estados miembros. No oposición al Derecho comunitario.

LIBERTADES

69. STJCE de 7 de diciembre de 1993, As. C-109/92, *S.M. Wirth contra Landeshauptstadt Hannover*. Cuestión prejudicial. Artículos 59, 60 y 62 del Tratado. Financiación de estudios. Ayudas a la formación. Servicios. Libre circulación de personas. No discriminación. Los cursos impartidos en un establecimiento de enseñanza superior financiado esencialmente con fondos públicos no constituyen servicios en el sentido del artículo 60 del Tratado CEE.
70. STJCE de 9 de febrero de 1994, As. C-319/92, *Salomone Haim contra Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein (KVN)*. Cuestión prejudicial. Artículo 20 de la Directiva 78/686/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, sobre reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de odontólogo. Establecimiento y prestación de servicios. Habilitado para ejercer su profesión en el territorio de un primer Estado miembro. Exigencia de un período de prácticas preparatorio para poder ejercer como odontólogo en el territorio de un segundo Estado. Reconocimiento de títulos.
71. STJCE de 9 de febrero de 1994, As. C-154/93, *Abdullah Tawil-Albertini contra Ministre des Affaires sociales*. Establecimiento y prestación de servicios. Odontólogos. Reconocimiento de títulos. Artículo 7 de la Directiva 78/686/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, sobre reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de odontólogo. No obliga a reconocer certificados, diplomas y otros títulos que no sancionen la formación de dentista adquirida en uno de los Estados miembros de la Comunidad.
72. STJCE de 23 de febrero de 1994, As. C-419/92, *Ingetraut Scholz contra Opera Universitaria di Cagliari y otros*. Cuestión prejudicial. Artículo 48 Tratado CEE. Libre circulación de trabajadores. Concurso para la provisión de un puesto en la Administración pública.

- Nacionales comunitarios. Experiencia profesional adquirida en otro Estado miembro. Prohibición de efectuar distinciones en función de que tales actividades hayan sido ejercidas en la Administración pública de ese mismo Estado miembro o en la de otro Estado miembro.
73. STJCE de 12 de abril de 1994, As. C-1/93, *Halliburton contra Services BV. Cuestión prejudicial*. Libre circulación de personas. Artículos 52 y 58 del Tratado. *Sociedades*. Derecho de establecimiento. Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Reorganización en el seno de un grupo de sociedades. Exenciones. Tributo discriminatorio.
74. STJCE de 14 de abril de 1994, As. C-389/92, *Ballast Nedam Groep NV contra Estado Belga*. Cuestión prejudicial. Libre prestación de servicios. Directiva 71/304/CEE, del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los *contratos administrativos de obras* y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales. Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Clasificación de contratistas.
75. STJCE de 22 de marzo de 1994, As. C-375/92, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*. Artículos 5, 48, 52 y 59 del Tratado CEE. Incumplimiento. Libre circulación de personas. Libre prestación de servicios. *Guías turísticos*. Capacitación profesional exigida por la normativa nacional. Exigencia de nacionalidad española. Ausencia de procedimiento de examen y comparación de la formación adquirida por una nacional de otro Estado miembro. Exigencia de tarjeta profesional. No comunicación a la Comisión de la información solicitada sobre normativa de las Comunidades Autónomas.
76. STJCE de 24 de marzo de 1994, As. C-275/92, *Her Majesty's Customs and Excise contra Gerhart Schindler y Jörg Schindler*. Cuestión prejudicial. Artículos 30, 36, 56 y 59 del Tratado CEE. Disposiciones nacionales que prohíben la celebración de determinadas loterías en el territorio de un Estado Miembro. *Promoción y venta de billetes de lotería* a celebrar en otro Estado miembro: constituye servicio a los efectos del artículo 60 del Tratado. Legislación restrictiva: constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios. Justificación: razones de política social y prevención del fraude.

77. STJCE de 3 de mayo de 1994, As. C-47/93, *Comisión contra Reino de Bélgica*. Principios del Derecho comunitario. Artículos 5 y 7 del Tratado CEE. Derechos de matrícula complementarios para estudiantes extranjeros. Exención para los demás estudiantes de Estados miembros. Posibilidad de denegar la inscripción a estudiantes de Estados miembros. Trabas a la devolución de las tasas a estudiantes de Estados miembros.
78. STJCE de 17 de mayo de 1994, As. C-18/93, *Corsica Ferries Italia SRL contra Corpo dei piloti del porto di Genova*. Cuestión prejudicial. Competencia. Libre prestación de servicios. Artículos 5, 7, 30, 59, 85, 86 y 90 del Tratado. Servicio obligatorio de práctico del puerto. Discriminación en las tarifas impuestas en función de que el buque esté autorizado para el tráfico de cabotaje o no. Discriminación indirecta por razón de nacionalidad.
79. STJCE de 18 de mayo de 1994, As. C-118/92, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo*. Libre circulación de personas. Libre circulación de trabajadores. Artículo 48.2 del Tratado CEE. Artículo 8.1 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. Derecho de sufragio activo y pasivo en actividades sindicales. Limitación para los trabajadores pertenecientes a otros Estados miembros. Incumplimiento.

COMPETENCIA

80. STJCE de 13 de enero de 1994, As. C-376/92, *Metro SB-GroB-märkte GmbH & Co. KG contra Cartier, S. A.* Cuestión prejudicial. Apartados 1 y 2 del artículo 85 del Tratado CEE. Sistema de distribución selectiva. Estanqueidad como requisito de validez. Sistema imperfecto de distribución selectiva. Limitación de la garantía del fabricante a los productos objeto del contrato adquiridos de distribuidores autorizados: admisibilidad.
81. STJCE de 14 de febrero de 1994, As. C-99/92, *Terni SpA contra Cassa conguaglio per il settore elettrico*. Ayudas de Estado. Cuestión prejudicial. Interpretación de la Decisión núm. 83/396/CECA. Determinación de los beneficiarios de una ayuda. Validez de la Decisión núm. 83/396/CECA. Principio de igualdad de trato entre las empresas públicas y privadas.
82. STPICE de 23 de febrero de 1994, Ass. Acumulados T-39/92 y T-40/92, *Grupement des cartes bancaires «CB» y otros contra Co-*

- misión. Competencia. Pliego de cargos. Práctica colusoria sobre precios. Restricciones a la competencia. Mercado relevante. Exención. Multas.*
83. STJCE de 2 de marzo de 1994, As. C-53/92, *Hilti AG contra Comisión*. Recurso de casación contra decisión del TPICE. Competencia. Artículo 86 del Tratado CEE. Abuso de posición dominante. *Concepto y amplitud del mercado de referencia*. Existencia de mismo mercado si los productos son intercambiables en un grado suficiente.
84. STJCE de 15 de marzo de 1994, As. C-387/92, *Banco de Crédito Industrial, S. A. (Banco Exterior de España, S. A.), contra Ayuntamiento de Valencia*. Cuestión prejudicial. Artículos 86, 90 y 92 del Tratado CEE. Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa. Competencia. Empresas públicas. Abuso de posición dominante. *Ayuda de Estado existente: posibilidad de ejecución hasta la declaración expresa de incompatibilidad con el mercado común*.
85. STPICE de 24 de marzo de 1994, As. T-3/93, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de *concentración entre empresas*. Declaración del Comisario encargado de Política de Competencia: carácter de decisión del acto. Forma del acto. Fondo: dimensión comunitaria de una operación de concentración.
86. STJCE de 27 de abril de 1994, As. C-393/92, *Ayuntamiento de Almelo y otros contra N.V. Energiebedrijf IJsselmij*. Cuestión prejudicial. Artículos 37, 85, 86, 90 y 177 del Tratado CEE. Competencia. Acuerdo que obstaculiza la importación de electricidad. Órgano jurisdiccional nacional que resuelve recurso interpuesto contra laudo arbitral en calidad de amigable componedor: órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177 del Tratado. Artículos 85 y 86: prohíben la aplicación de una *cláusula de compra en exclusiva* que prohíbe a los distribuidores importar electricidad. Prohíben dicha aplicación en el supuesto en que la empresa forme parte de un grupo que ostente una posición dominante. Excepción: garantía de cumplimiento de una misión de interés general.
87. STPICE de 28 de abril de 1994, As. T-38/92, *All Weather Sports Benelux BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Procedimiento de aplicación del artículo 85 Tratado CEE. Práctica concertada. Distribución en exclusiva. *Eliminación*

de importaciones paralelas. Infracción: imputabilidad. Sanción: multa. Insuficiencia de motivación.

POLÍTICA SOCIAL

88. STJCE de 14 de diciembre de 1993, As. C-110/91, *M. Moroni contra Collo GmbH*. Cuestión prejudicial. Artículo 119 Tratado CEE, invocación directa. Directiva 86/378/CEE del Consejo. *Igualdad de remuneraciones entre trabajadores masculinos y femeninos. Pensiones profesionales*. Diferencia de edad de acceso por razón de sexo. Limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia C-262/88, Barber.
89. STJCE de 14 de diciembre de 1993, As. C-116/92, *K. A. Charlton y otros*. Cuestión prejudicial. Apartados 1 y 2 del artículo 7 del Reglamento (CEE) núm. 3820/85, del Consejo, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera. Períodos de conducción e interrupciones. *Conducción ininterrumpida*. Cómputo de las interrupciones. El inicio del cálculo previsto en el apartado 1 del artículo 7 del Reglamento núm. 3820/85.
90. STJCE de 16 de diciembre de 1993, As. C-334/92, *Wagner Miret contra Fondo de Garantía Salarial*. Cuestión prejudicial. Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la *protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario*, en su versión modificada por la Directiva 87/164/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1987. Ámbito de aplicación. Miembros del personal de alta dirección: inclusión. Institución de garantía. Derechos del personal de alta dirección.
91. STJCE de 27 de enero de 1994, As. C-287/92, *A. Maitland Toosy contra Chief Adjudication Officer*. Cuestión prejudicial. Artículo 71 del Reglamento núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) núm. 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983. Libre circulación de los trabajadores. Seguridad Social. *Prestaciones para minusválidos*. Estado miembro competente.
92. STJCE de 3 de febrero de 1994, As. C-13/93, *Office national de l'emploi (Onem) contra Madeleine Minne*. Directiva 76/207/CEE.

Trabajo nocturno de las mujeres. Regímenes de excepciones distintos, que se diferencia fundamentalmente por el procedimiento de adopción de las mismas y por la duración del trabajo nocturno autorizado. Necesidad fundamento en la garantía de la protección de la mujer, en particular, en lo que se refiere al *embarazo y a la maternidad*. Convenio internacional celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado.

93. STJCE de 28 de febrero de 1994, As. C-343/92, *M. A. Roks y otros contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen y otros*. Cuestión prejudicial. Directiva 79/7/CEE, del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Efectos de una adaptación fuera de plazo sobre los derechos adquiridos en virtud de la Directiva.
94. STJCE de 14 de abril de 1994, As. C-392/92, *Christel Schmidt / Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*. Cuestión prejudicial. Política social. Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de centros de actividad.
95. STJCE de 5 de mayo de 1994, As. C-421/92, *Gabriele Habermann-Beltermann contra Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. e.V.* Cuestión prejudicial. Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. *Trabajo nocturno de mujer embarazada*. Causa de nulidad del contrato laboral: no. Posibilidad de impugnación empresarial por error en las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento de la contratación: no.
96. STJCE de 2 de junio de 1994, As. C-428/92, *Deutsche Angestellten-Krankenkasse (DAK) contra Laererstandens Brandforsikring G/S.* Cuestión prejudicial. Artículo 93.1 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena... en su versión codificada por el Reglamento CEE núm. 2001/83, de 2 de junio de 1983. Requisitos y alcance del *derecho de una institución de Seguridad Social para subrogarse en los derechos de uno de sus beneficiarios y demandar en vía jurisdiccional frente al autor de un daño acaecido en el territorio*

de otro Estado miembro, que haya dado lugar al pago de prestaciones: Derecho del Estado miembro al que pertenezca la Institución.

MEDIO AMBIENTE

97. STJCE de 19 de enero de 1994, As. C-435/92, *Association pour la protection des animaux sauvages y otros contra Préfet de Maineet-Loire y otros*. Cuestión prejudicial. Apartado 4 del artículo 7 de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres. Conservación de las aves silvestres. Períodos de caza. Necesidad de protección completa de estas especies durante la migración en período de celo. Limitación de la protección a un determinado porcentaje de aves de una especie: no.
98. STJCE de 23 de febrero de 1994, As. C-236/92, *Comitato di coordinamento per la difesa della Cava y otros contra Regione Lombardia y otros*. Cuestión prejudicial. Medio ambiente y consumidores. *Vertidos de residuos sólidos urbanos*. El artículo 4 de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, no confiere a los particulares derechos que deban ser protegidos por los órganos jurisdiccionales nacionales.
99. STJCE de 13 de abril de 1994, As. C-313/93, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo*. Medio ambiente. Directiva 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. Falta de adaptación del Derecho interno en el plazo señalado. Incumplimiento.

COMPETENCIA JUDICIAL Y RECONOCIMIENTO DE DECISIONES

100. STJCE de 20 de enero de 1994, As. C-129/92, *Owen Bank Ltd. contra F. Bracco y otros*. Cuestión prejudicial. Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en material civil y mercantil. Interpretación de los artículos 21, 22 y 23. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en *Estados no contratantes*: implicación.
101. STJCE de 10 de febrero de 1994, As. C-398/92, *Mund & Fester contra Hatrex Internationaal Transport*. Cuestión prejudicial. Ar-

tículos 7 y 220 TCEE. Convención de 27 de septiembre de 1968. Los artículos 7 y 220 del Tratado CEE, en relación con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se oponen a que una disposición nacional que autoriza el *embargo preventivo de un bien* si la resolución judicial debe ejecutarse en el extranjero se interprete como una circunstancia suficiente por sí misma para que el Juez conceda dicha medida provisional igualmente cuando la resolución judicial ha de ejecutarse contra un nacional de un Estado miembro y entra en el ámbito de aplicación de dicho Convenio.

102. STJCE de 17 de mayo de 1994, As. C-294/92, *George Lawrence Webb contra Lawrence Desmond Webb*. Cuestión prejudicial. Artículo 16.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Acción relativa a la declaración de la *posesión de un bien inmueble en calidad de trustee*: no es una acción real en el sentido del artículo 16.1 del Convenio de Bruselas.
103. STJCE de 2 de junio de 1994, As. C-414/92, *Solo Kleinmotoren GmbH contra Emilio Boch*. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: artículo 27, apartado 3. Reconocimiento y ejecución de una resolución dictada en un Estado Contratante. Existencia de una *transacción ejecutoria* en el Estado contratante donde se solicita la ejecución: no constituye una resolución dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado requerido. No impide el reconocimiento y ejecución de una resolución judicial dictada en otro Estado contratante.

CONTRATACIÓN PÚBLICA

104. STJCE de 19 de abril de 1994, As. C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional, S. A. contra Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, Gran Casino de Las Palmas, S. A.* Cuestión prejudicial. Derecho de sociedades. Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. *Contrato mixto: ejecución de obra y cesión de bienes*. Accesoriedad de la ejecución de la obra respecto de la cesión de bienes. No ámbito de la Directiva.

105. STJCE de 26 de abril de 1994, As. C-272/91, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana*. Obligaciones derivadas de los artículos 30, 52 y 59 del Tratado CEE y de los artículos 9 y 17 a 25 de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, en su versión modificada por la Directiva 88/295/CEE, del Consejo, de 22 de marzo de 1988. *Falta de publicación de anuncio indicativo de los contratos a adjudicar.*
106. STJCE de 3 de mayo de 1994, As. C-328/92, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*. Incumplimiento de Estado. Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro. Suministro de productos y especialidades farmacéuticas. Contratación directa. *Omisión de anuncio de contratación en el DOCE.*

FUNCIONARIOS COMUNITARIOS

107. STPICE de 24 de febrero de 1994, As. T-108/92, *G. Caló contra Comisión*. Funcionario. Procedimiento para la provisión de un puesto de trabajo mediante promoción o traslado. Capacidades exigidas en la convocatoria. Derecho de defensa. Infracción del artículo 26 del Estatuto. *Examen comparativo de las candidaturas*. Motivación de la decisión por la que se desestima una candidatura.
108. STPICE de 14 de abril de 1994, As. T-10/93, *A. contra Comisión*. Función pública. Selección de funcionarios. Persona portadora del VIH. *Falta de aptitud física*. Artículo 33 del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas: examen médico. Manifestación de síntomas patológicos relacionados con el SIDA.

MATERIAS VARIAS: CONCEPTO DE EMPRESA, DIRECTIVA SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD, EFECTO DIRECTO DEL TRATADO CECA

109. STJCE de 19 de enero de 1994, As. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH contra Eurocontrol*. Artículos 86 y 90 del Tratado. *Concepto de empresa*. Organización internacional. Los artículos 86 y 90 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que una organización internacional como Eurocontrol no constituye una empresa en el sentido de estos artículos.

110. STJCE de 3 de marzo de 1994, As. C-316/93, *Nicole Vaneetveld/S. A. Le Foyer/Fédération des mutualités socialistes et syndicales de la province de Liège*. Cuestión prejudicial. Segunda Directiva 84/5/CEE, del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el *seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles*. Plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva. Efecto directo.
111. STJCE de 15 de marzo de 1994, As. C-45/93, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*. Principios de Derecho comunitario. No discriminación por razón de nacionalidad. Artículos 7 y 59 del Tratado CEE. *Acceso a los Museos nacionales*. Sistema de entrada gratuita para nacionales, extranjeros residentes y extranjeros menores de veintiún años. Abono de entrada para los nacionales de Estados miembros mayores de veintiún años. Discriminación incompatible con los principios de Derecho comunitario.
112. STJCE de 13 de abril de 1994, As. C-128/92, *H. J. Banks & Company Limited/British Coal Corporation*. Cuestión prejudicial. Tratado CECA. Aplicación de la letra d) del artículo 4, artículo 65 y artículo 66.7 del Tratado. Efecto directo. Licencias de extracción de carbón en bruto. Reparación de daños como consecuencia de la infracción de las disposiciones citadas. Delimitación de competencias entre el Juez nacional y la Comisión.

INFORMACIÓN LEGISLATIVA *

A cargo de

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

DERECHO CIVIL

I. Parte general

1. ELABORACIÓN DE LAS LEYES. Texto refundido del Reglamento del Senado.—Acuerdo de la Mesa del Senado de 4 de mayo de 1994 («BOE» del 13).

Se aprueba el texto refundido del Reglamento, de 26 de mayo de 1982, incorporando las últimas modificaciones realizadas para potenciar la función territorial del Senado.

Del texto interesa especialmente su Título IV, dedicado al procedimiento legislativo, tanto el ordinario (arts. 104 a 128), como los especiales (arts. 129 a 147).

2. DERECHO DE ASILO. Modificación de la Ley vigente, de 1984.—Ley 9/1994, de 19 de mayo («BOE» del 23).

Después de diez años de vigencia de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, (reseñada en este Anuario, XXXVII - III, disposición núm. 4 de la Información Legislativa) se modifican algunos de sus preceptos en el sentido indicado por una Proposición no de Ley del Congreso de los Diputados de 1991.

Los aspectos modificados son los siguientes:

1. Se elimina la distinción entre asilo y refugio, que estructuraba la Ley de 1984, diseñando el asilo como la protección dispensada a quien tiene la condición de refugiado según la Convención de Ginebra de 1951.

2. Recibe nueva regulación la tramitación de las solicitudes de asilo, estableciéndose una fase previa que permitirá la resolución rápida de los casos no encajables en el concepto de asilo. También se retoca el régimen de impugnación de los actos administrativos que se dicten en la materia.

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el segundo trimestre de 1994.

3. Finalmente se contemplan los efectos de las resoluciones denegatorias, con el fin de impedir el empleo abusivo de estos procedimientos.

Obviamente estas reformas legales deberán acompañarse con la revisión del Reglamento aprobado por Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero.

3. DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. Desarrollo reglamentario de ciertos aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, reguladora de la materia.—Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio («BOE» del 21).

La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (reseñada en este Anuario, XLVI - I, disposición núm. 1 de la Información legislativa), inició la regulación del tratamiento automatizado de datos personales formulando una serie de principios generales que estaban necesitados de concreción para lograr su aplicación práctica. Ahora el Gobierno desarrolla reglamentariamente las partes de la Ley más necesitadas de concreción.

El Texto reglamentario se inicia con la determinación de su ámbito de aplicación, excluyendo los ficheros de naturaleza pública sometidos a regulaciones especiales y definiendo el significado de una serie de conceptos básicos, que se utilizan reiteradamente en la regulación.

Los aspectos de la Ley que reciben desarrollo reglamentario son: La transferencia internacional de datos, la notificación e inscripción de ficheros, el ejercicio de los derechos por los afectados y el procedimiento sancionador aplicable en caso de infracciones al régimen establecido.

Reviste especial importancia, por su incidencia general, el régimen que se establece para la comunicación de los ficheros a la Agencia de Protección de Datos y la posterior inscripción registral. Esta comunicación debió realizarse antes del 31 de julio de 1994, con arreglo a la disposición adicional primera del presente Real Decreto.

En cuanto al ejercicio de los derechos del afectado, es decir, los de acceso a la información, rectificación, cancelación y bloqueo, en su caso, se desarrollan los preceptos legales confirmando la función arbitral que, en caso de conflicto entre particulares, corresponde a la Agencia de Protección de Datos. Las reclamaciones ante este órgano se sustanciarán a través de un procedimiento contradictorio y la resolución que se dicte podrá ser recurrida en vía contencioso-administrativa, a pesar de su naturaleza privada.

2. Derecho de obligaciones

4. PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. Se regulan la subrogación y modificación de sus condiciones.—Ley 2/1994, de 30 de marzo («BOE» del 4 de abril).

A) Exposición:

Son dos las actuaciones modificativas de operaciones de préstamo preexistentes que se regulan por la Ley: la subrogación de un nuevo acreedor y la modificación de sus condiciones.

1. Subrogación de un nuevo acreedor

El deudor puede subrogar a una nueva entidad en el lugar de la acreedora sin el consentimiento de ésta y obrando de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.211 del Código Civil. Esta regla, formulada en términos generales por la Ley, es aplicable sólo a los préstamos hipotecarios concedidos por entidades financieras a interés variable y en período de amortización.

Una segunda limitación resulta del alcance de la subrogación pues no se admite otra modificación de las condiciones del préstamo distinta a la que afecta al tipo de interés.

La práctica de la subrogación exige la tramitación de un verdadero procedimiento con intervención de la entidad acreedora, que podrá impedirla si accede a revisar, de acuerdo con el deudor, las condiciones originares de la operación. Si la acreedora no prestase su colaboración en el procedimiento, se incrementan los trámites con el fin de garantizar su posición.

Superados los actos preparatorios se otorgará la oportuna escritura por el deudor y la entidad subrogante, que pagará a la primitiva acreedora. La escritura se hará constar en el Registro por nota marginal, estará exenta del gravamen sobre Actos Jurídicos Documentados y devengará honorarios notariales y registrales sólo por el capital pendiente de amortizar.

2. Modificación de condiciones

Es evidente que no precisa regulación especial alguna la revisión por acreedor y deudor de las condiciones de los contratos por ellos celebrados; la Ley aquí concede una exención tributaria a las escrituras de modificación que afecten al tipo de interés y al plazo. En estas operaciones los honorarios, notariales y registrales se calcularán sobre la disminución de responsabilidad hipotecaria que supongan.

Al lado de esta regulación, de aplicación a préstamos hipotecarios de todo tipo, se limita a las operaciones con interés variable la reducción de la comisión por cancelación anticipada al 1 por 100 del capital pendiente, que supone una alteración *ope legis* y con efectos retroactivos de las condiciones contractuales pactadas.

B) Observaciones:

La presente Ley constituye otro de los ejemplos de mala técnica normativa a que nos viene acostumbrando nuestro legislador, pues supone una acumulación desordenada de artículos en la que resulta difícil descubrir el verdadero mandato legal. Afortunadamente la escasa aplicación del texto, en la regulación de la subrogación, evitará que los defectos técnicos se traduzcan en injusticias reales.

Otra cosa es el fin práctico de la Ley, a saber, la traslación de la reducción de tipos de interés producida en la economía española en los últimos tiempos a las operaciones celebradas por los ciudadanos, que sí se

viene produciendo. Pero en ello no ha influido el complejo procedimiento de subrogación que supone casi todo el Texto legal sino la exención tributaria de su artículo 9, que es el único precepto de verdadera aplicación generalizada.

Por lo demás, la nueva Ley, que regula una subrogación tan limitada, plantea una duda esencial sobre la vigencia y alcance del artículo 1.211 del Código Civil, ahora que se dan circunstancias equivalentes a las que impulsaron su nacimiento.

5. PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. Se establecen normas para asegurar la transparencia de sus condiciones financieras.—Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994 («BOE» del 11).

Haciendo uso de las facultades conferidas a la Administración por la Ley de disciplina e intervención de las Entidades de Crédito (26/1988, de 29 de julio), se dictan una serie de medidas que tienden a tutelar los intereses de la clientela de dichas entidades, de forma paralela a las normas generales que integran el llamado «Derecho de los Consumidores».

La Orden tiene un ámbito de aplicación limitado a los préstamos hipotecarios en que la garantía se constituye sobre una vivienda, el prestatario sea una persona física y el importe no supere los 25 millones de pesetas.

Dos son los instrumentos de garantía que se establecen:

1. Antes de la formalización de la operación las entidades de crédito deberán proporcionar un folleto informativo, con el contenido mínimo que se establece, a los solicitantes del préstamo. Además, una vez examinada la solicitud, las entidades realizarán una oferta vinculante que contenga las cláusulas financieras de la operación.

2. Los documentos contractuales deberán contener las cláusulas financieras que se regulan y respetar ciertas limitaciones que afectan a los índices o tipos de interés de referencia utilizables.

El Notario autorizante de la escritura del préstamo hipotecario deberá realizar una función fiscalizadora de las cláusulas contractuales y, sobre todo, de su contenido financiero señalando las posibles discrepancias, riesgos o inexactitudes que existan. Esta labor, casi de auditoría, requerirá la práctica de cálculo financiero y sobrepasa, en aras del principio de protección de los consumidores, los límites tradicionales de la función notarial.

La presente disposición entrará en vigor a los tres meses de su publicación, tiempo mínimo para que las entidades y profesionales afectados por la nueva regulación puedan hacer frente a las obligaciones que les impone.

*2. Derechos reales***6. ANIMALES. Modificación de la Ley Catalana 3/1988, que regula su protección.—Ley del Parlamento de Cataluña 3/1994, de 20 de abril («BOE» del 18 de mayo).**

La reforma de la Ley de 1988 afecta sólo al sistema de identificación y censo de los animales domésticos, cuyo perfeccionamiento se considera indispensable para lograr el cumplimiento del texto legal. Pero es destacable que la Exposición de Motivos justifica la reforma por el «incumplimiento sistemático de los derechos de los animales», expresión que podría hacer pensar en la atribución de la condición de sujeto de derecho a ciertos animales. Lo cierto es que expresiones coloquiales, como la transcrita, no deberían llegar a plasmarse en normas legales, ni siquiera en disposiciones de tan relativa importancia y defectuosa redacción como la reseñada (véase el artículo 81 que, lamentablemente, ha sido copiado por otras Comunidades Autónomas).

7. PROPIEDAD MOBILIARIA. Regulación de los Archivos y Patrimonio Documental de La Rioja.—Ley de la Diputación General de la Rioja de 4/1994, de 24 de mayo («BOE» del 17 de junio).

Al igual que otras Comunidades Autónomas, procede ahora La Rioja a regular su patrimonio documental. En él se incluyen los documentos «radicados» en el territorio riojano y producidos por corporaciones o funcionarios públicos, entidades privadas y particulares cuando, para estas dos últimas categorías, tengan una antigüedad superior a los límites que se establecen. La inclusión de los bienes en el patrimonio documental acarrea importantes consecuencias, que se traducen en limitaciones del dominio y cargas para los propietarios de los documentos.

Tales son las obligaciones de conservar y permitir el estudio de los documentos, de colaborar en la formación del censo documental, permitir las inspecciones oportunas y comunicar los actos de disposición a la Administración autonómica, que podrá ejercer los derechos de tanto o retrato. Obviamente la infracción de las disposiciones de la Ley acarrea la aplicación de las sanciones que se establecen en ella.

Como puede verse, las Comunidades Autónomas han optado por un sistema intervencionista a ultranza. En esta Ley se incluyen en el patrimonio documental los escritos de índole particular que tengan antigüedad superior a 100 años (art. 7) y este solo requisito basta para aplicar todo el conjunto de limitaciones, lo cual parece desproporcionado. Disposiciones de tal rigidez dan lugar a su incumplimiento generalizado, que redundan en la inseguridad jurídica de los ciudadanos.

III. DERECHO MERCANTIL

8. ENTIDADES DE CRÉDITO. Adaptación de la segunda Directiva de Coordinación Bancaria (89/646 CEE) y modificación de otras disposiciones reguladoras del sistema financiero.—Ley 3/1994, de 14 de abril («BOE» del 15).

A) Exposición:

Aprovechando las reformas que deben introducirse en el sistema financiero español para incorporar la Segunda Directiva de la CEE sobre coordinación bancaria, se traen a esta Ley muchos otros retoques de disposiciones vigentes en el campo financiero con los que se trata, en definitiva, de actualizar su regulación.

Las materias reguladas por la Ley son las siguientes:

1. Apertura de sucursales. Se adiciona un nuevo Título a la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, para regular, con aplicación del principio de libertad de establecimiento, la apertura de sucursales y prestación de servicios por entidades de crédito en otros Estados miembros.

2. Participaciones significativas. También se añade otro Título a la Ley 26/1988 que regula los trámites necesarios para la adquisición y cesión de participaciones significativas en el capital de entidades de crédito españolas, así como las facultades de control que se atribuyen al Banco de España.

3. Potestades de control e inspección. Se da nueva redacción a los preceptos de la Ley citada relativos a la creación de nuevas entidades y apertura de sucursales, así como al control del Banco de España sobre ellas. También son actualizados, en este sentido, los preceptos de la Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946, y del Real Decreto legislativo 1298/1986, de 28 de junio, de adaptación al Derecho de las Comunidades Europeas.

4. Establecimientos Financieros de Crédito. Se introduce esta nueva denominación, comprensiva de las anteriormente conocidas como entidades financieras de ámbito operativo limitado (sociedades de financiación, factoring, leasing, garantía recíproca, crédito hipotecario...), estableciendo las reglas generales de su ordenación y facultando al Gobierno para su desarrollo.

5. Sociedades y fondos de capital riesgo. Se modifican algunos aspectos de su régimen, contenido en el Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo.

6. Titulación. Con este vocablo, muy en boga en el campo financiero, se alude a la actividad consistente en constituir un fondo integrado por un conjunto de derechos de crédito, procediendo acto seguido a la emisión de participaciones representativas del patrimonio acumulado, que son colocadas en los mercados financieros. A pesar del término empleado, suelen faltar en estas operaciones los títulos-valores físicos, pues las participaciones

se adquieren y transmiten por anotaciones en cuenta; no obstante el sistema de funcionamiento es una evolución del propio de los títulos.

Pues bien, sobre la base de la regulación de los títulos hipotecarios (primero las participaciones reguladas por la Ley del Mercado Hipotecario, de 1981, luego, recientemente, los fondos de titulización de la Ley 19/1992, de 7 de julio), se admite la posibilidad de regular la emisión de participaciones de otros derechos de crédito, mencionándose expresamente los derivados de contratos de «leasing» y los pertenecientes a pequeñas y medianas empresas.

El Gobierno queda facultado, de este modo, para regular los llamados Fondos de Titulización de Activos y sus Sociedades Gestoras.

7. Mercados financieros. Se establecen normas especiales para los mercados secundarios oficiales de futuros y opciones y para los de Deuda Pública y Valores.

En relación con los primeros se trata de separar de las operaciones concursales las garantías constituidas para operar en los mercados, en caso de crisis patrimonial de miembros del mercado o clientes.

Para los otros mercados se regulan los traspasos de anotaciones o valores que hayan sido realizados por mediación del miembros que se encuentre en situación de crisis. Se añade un precepto especial para las compraventas de Deuda con pacto de recompra, en las que se deja sin efecto la segunda operación en caso de quiebra o suspensión de pagos de la entidad recompradora.

8. Corredores de Comercio. Se actualiza su régimen disciplinario, determinándose las conductas constitutivas de faltas y la competencia sancionadora del Ministro de Economía y Hacienda.

9. Mercados de Valores. Reciben nueva redacción varios extremos de la Ley reguladora 24/1988, de 28 de julio, completando y reforzando el régimen sancionador establecido.

10. Sociedades de tasación. Se establece un régimen sancionador especial aplicable a estas sociedades y a las entidades de crédito que dispongan de servicios propios de tasación. Así, se detallan las distintas clases de conductas sancionables y el procedimiento aplicable para su depuración.

11. Consejo Superior Bancario. Queda disuelto este órgano, permitiéndose la atribución de su patrimonio y personal a entidades representativas de los Bancos (esta previsión se ha concretado en la Asociación Española de Banca por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 13 de mayo de 1944).

B) Observaciones:

Como puede verse, la presente Ley no constituye un ejemplo de buena técnica legislativa sino que la acumulación de disposiciones reguladoras o, más bien, parcheadoras de la legislación financiera vigente la convierten en un cajón de sastre donde todo tiene acomodo. La heterogeneidad del

contenido es tal que llega a difuminarse la finalidad primera de la norma, que era la adecuación de nuestra normativa financiera a la Directiva 89/646. Es evidente que la cantidad e importancia de los preceptos incluidos en la Ley y ajenos a ese fin inicial habría justificado con creces la tramitación separada de otro proyecto de Ley.

Finalmente debe destacarse que el texto legal completo, sin distinción de su contenido, entró en vigor el día 16 de abril, el siguiente a su publicación oficial.

9. ACTIVIDAD COMERCIAL. Regulación en Canarias.—Ley del Parlamento de Canarias 4/1994, de 25 de abril («BOE» del 27 de mayo).

Siguiendo el ejemplo de otras Comunidades Autónomas, de las que fue pionera la catalana, la Comunidad Autónoma de Canarias ejerce sus funciones normativas en materia de comercio interior para regular «administrativamente» (según el art. 1 de la Ley) la actividad comercial en sus distintas modalidades de aspectos.

Del contenido de la Ley, muy amplio dada su pretensión de ser una regulación completa, caben destacar algunos puntos:

1) La definición de actividad comercial, para delimitar el ámbito de aplicación (art. 2), que se completa con la distinción entre mayorista y minorista y con la exclusión de ciertos servicios de dudosa calificación (bancarios, transportes, hostelería).

2) La previsión de una regulación de los horarios por el Ejecutivo, siguiendo las pautas del criticado Real Decreto-ley 22/1993, de 29 de diciembre.

3) La definición de los tipos de establecimientos comerciales, especialmente los centros comerciales y las grandes superficies, así como de los mercadillos y mercados de ocasión.

4) También se tipifican modalidades especiales de venta, estableciéndose su régimen jurídico propio: ambulantes, domiciliarias, a distancia, automáticas, a pérdida, con prima, en rebajas, en liquidación, de saldos, y con descuento. Tipos ya conocidos de otras disposiciones pero que son correctamente sistematizados en la presente Ley.

5) El texto concluye con un extenso régimen sancionador administrativo, sin entrar en las posibles consecuencias de la infracción de sus preceptos en las relaciones jurídico-privadas, que no es competencia autonómica.

V. OTRAS DISPOSICIONES

10. CONTRATO DE TRABAJO. Reforma de sus disposiciones reguladoras.—Ley 11/1994, de 19 de mayo («BOE» del 23).

La llamada «reforma laboral» se materializa en dos disposiciones con rango de Ley de la misma fecha: la primera, Ley 10/1994, sobre medidas

urgentes de fomento de la ocupación, reproduce exactamente el Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, ya reseñado en estas páginas; la segunda es la presente Ley, que modifica el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Procedimiento Laboral y la Ley de infracciones y sanciones en el Orden Social.

Las modificaciones que se introducen en el Estatuto de los Trabajadores, que acarrean las operadas en las normas instrumentales, tienen las siguientes directrices:

1) Flexibilizar la regulación del contrato de Trabajo desde su nacimiento hasta su extinción, permitiendo su adaptación a la situación de las empresas. Objetivo que sólo se alcanza limitadamente, dada la pervivencia de cortapisas y controles administrativos.

2) Potenciación de la negociación colectiva que ve ampliado su ámbito y eficacia, completada con la nueva regulación de la representación de los trabajadores y las elecciones sindicales.

La Ley concluye con autorizaciones expresas al Gobierno para que elabore sendos textos refundidos de las leyes reformadas, incorporando además al Estatuto de los Trabajadores los preceptos de las numerosas leyes que, en los últimos años, han incidido en su contenido.

11. BANCO DE ESPAÑA. Regulación de su autonomía.—Ley 13/1994, de 1 de junio («BOE» del 2).

El Banco de España recibe una nueva regulación que se ajusta a las directrices marcadas por el Tratado de la Unión Europea para las instituciones que, en su día, se integrarán en el Sistema Europeo de Bancos Centrales. Principio básico de este sistema es la independencia de las instituciones para la instrumentación de la política monetaria y éste es el punto en el que se establece la autonomía que da título a la Ley. Así, resulta que el Banco de España formulará y desarrollará la política monetaria utilizando los instrumentos habituales, como operaciones de mercado, créditos a entidades financieras, o el coeficiente de caja, garantizándose su actuación independiente al prohibirse financiaciones encubiertas al sector público (con los límites que establece el art. 13). En el ejercicio de esta función el Banco ejercerá una potestad normativa singular que se materializará en «circulares monetarias».

El resto de las funciones propias del Banco de España, que se mantienen, como su actuación en los mercados de divisas, servicios de tesorería y emisión de billetes, se contemplan también por la Ley y pueden ser objeto, igualmente, del ejercicio de su potestad normativa.

La autonomía que se atribuye al Banco en el ámbito de la política monetaria se traduce en la impugnación jurisdiccional directa de sus actuaciones en la materia, frente a la normal sumisión al recurso administrativo ante el Ministerio de Economía y Hacienda, pero no llega más lejos; de modo que los Presupuestos y cuentas deberán pasar por el Gobierno y será

éste, en definitiva, quien decide el nombramiento de los órganos rectores, cese (ahora por causas tasadas) y régimen de retribuciones.

Cabe señalar, por último, el establecimiento de un severo régimen de incompatibilidades para los miembros del Consejo de Gobierno del Banco.

12. CONTRATO DE TRABAJO. Regulación de las empresas de trabajo temporal.—Ley 14/1994, de 1 de junio («BOE» del 2).

La admisión y regulación de las empresas de trabajo temporal, como excepción a la prohibición general del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores de la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a un empresario, aparece como una medida de la llamada «reforma laboral» y con la finalidad de abrir nuevos cauces para la creación de puestos de trabajo (véase también la Ley 11/1994, de 19 de mayo, reseñada anteriormente).

La Ley establece el régimen de estas empresas, así como las peculiaridades de las distintas relaciones jurídicas a que da lugar su funcionamiento.

Así, su texto se estructura de la siguiente forma:

1. Empresas de trabajo temporal, cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. Estas empresas, sean personas naturales o jurídicas, deberán ser autorizadas por la autoridad laboral e inscribirse en un Registro especial.

2. Contrato de puesta o disposición, que se celebra entre la empresa de trabajo temporal y la usuaria, cuyo objeto es la cesión del trabajador. Este contrato que, evidentemente, tiene naturaleza mercantil, sólo podrá celebrarse para los fines que la Ley detalla y su duración también está limitada.

3. Relaciones laborales en la empresa de trabajo temporal, que revisten especialidades, que afectan a la forma y duración de los contratos, indemnizaciones a percibir por los trabajadores, formación profesional y negociación colectiva.

4. Relaciones del trabajador con la empresa usuaria, bajo cuya dirección y control prestarán el trabajo. Sus especialidades derivan de la falta de vínculo laboral existente entre ellos.

5. Régimen sancionador.

Finalmente cabe resaltar la diversa naturaleza de las relaciones jurídicas que ligan a las partes intervenientes en esta modalidad de contratación, que tiene su reflejo en la legislación supletoria aplicable y en el orden jurisdiccional competente para resolver los conflictos (véase las disposiciones adicionales primera y segunda: Entre la empresa de trabajo temporal y la usuaria la relación es mercantil, mientras que entre el trabajador y cada una de las empresas la relación es laboral).

MANIPULACIÓN GENÉTICA. Utilización de organismos modificados genéticamente.—Ley 15/1994, de 3 de junio («BOE» del 4).

La presente Ley incide en un campo que se encontraba carente de regulación especial en nuestro Derecho; tal es el que afecta a las técnicas biológicas de modificación genética y al empleo tanto experimental como económico de sus productos.

El régimen que se establece queda encuadrado totalmente en el ámbito jurídico-administrativo pues todas las actividades reguladas se sujetan al control administrativo, principalmente de la Administración del Estado, en el marco de las funciones públicas sobre la Sanidad, los productos farmacéuticos y la protección del medio ambiente.

Se regulan las actividades consistentes en: Utilización confinada, liberación voluntaria con fines de investigación y desarrollo y comercialización de organismos modificados genéticamente. Cada una de ellas deberá ser objeto de autorización administrativa, dictada a través de un procedimiento en el que se aportarán y comprobarán los estudios técnicos que aseguren la inocuidad de la actividad.

Las autorizaciones de comercialización requerirán, en particular, la superación de un trámite de audiencia a los distintos Estados miembros de la Unión Europea, para su concesión.

Desde el punto de vista jurídico-privado cabe plantearse las consecuencias de la contratación sobre este tipo de organismos sin disponer de la pertinente autorización administrativa, pues, al margen del régimen sancionador, administrativo o penal, aplicable, el supuesto podría encuadrarse entre los que causan la ilicitud del objeto del contrato (art. 1.271 del Código Civil). A otro enfoque corresponde la regulación, que hace la Ley (art. 28), de la indemnización de daños y perjuicios, que tiene una naturaleza extracontractual y un destino administrativo.

SEGURIDAD SOCIAL. Aprobación de un nuevo texto refundido de su Ley reguladora.—Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio («BOE» del 29).

El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 ha sufrido numerosas modificaciones; últimamente las diversas disposiciones que alterando sus preceptos introdujeron sistemas de fomento del empleo, previeron la elaboración de nuevo texto, facultando al Gobierno para regularizar, sistematizar y armonizar su contenido.

El nuevo texto actualiza el Régimen General del sistema de la Seguridad Social a través de 234 artículos. Especial interés tiene la disposición derogatoria que salva de la derogación expresa algunos artículos del anterior Texto refundido.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. V (Derecho de Familia), vol. 1.^º (Relaciones conyugales). Duodécima edición, revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO y José María CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, 1994, 1221 páginas.

1. El volumen recensionado constituye la duodécima edición del tomo V-1.^º de uno de los manuales —por su creciente extensión, casi un tratado— más clásicos e influyentes en la reciente historia de la bibliografía jurídica española. Como es sabido, no agota todo el Derecho de familia, sino que aborda únicamente (aunque ya es bastante) las relaciones conyugales. Son sus actualizadores (cada vez menos simplemente actualizadores, y más verdaderamente autores, con las características que en seguida reflejaré), como en las ediciones inmediatamente precedentes, los profesores García Cantero (régimen patrimonial del matrimonio, en Derecho común y foral, y suspensión y disolución de la sociedad conyugal) y Castán Vázquez (familia y Derecho de familia en general, constitución de la relación conyugal y efectos personales del matrimonio). Ambos han contado con la colaboración de Salomé Adroher Biosca —autora de una reciente monografía sobre *Forma del matrimonio y Derecho Internacional Privado*, Madrid-Barcelona 1993— para la revisión del § dedicado a los conflictos de competencia legislativa en materia matrimonial (pp. 1157 y ss.).

He dicho antes que los revisores son, cada vez más, autores, pero siempre dentro de los límites impuestos (y por ellos libremente asumidos) por la propia índole de su intervención: reitera el prof. García Cantero en el «Prólogo» la común intención de permanecer fieles al pensamiento del prof. Castán Tobeñas, con lo que ello implica de hacer pasar los planteamientos sistemáticos o metodológicos del desaparecido maestro por encima de los propios, no sólo en aquellas partes que han sido meramente revisadas, sino también en las que son de nueva redacción, por mor de las frecuentes (y en tantas ocasiones radicales) reformas legislativas. Con notable oportunidad trajo a colación el propio prof. García Cantero, en el «Prefacio de la 11.^a edición» del t. III de la misma obra las siguientes palabras de Mazeaud,

referidas a la continuación del *Traité de Colin y Capitant* por Julliot de la Morandière: «Trabajo a menudo ingrato y siempre pesado que consiste en, sin traicionar una obra, ponerla al corriente de los cambios, continuos y profundos, de la legislación y de la jurisprudencia». Ellas expresan con gran claridad las autoimpuestas características de una labor que tan acabadamente consiguen los actualizadores del volumen recensionado.

2. La nueva edición no es una mera actualización bibliográfica o jurisprudencial de la anterior: todo ello existe, y mantiene el volumen en los modélicos niveles de puesta al día a que los autores nos tienen acostumbrados. Los siete años transcurridos desde la anterior edición (1987) han conocido un amplio abanico de reformas legislativas, dentro y fuera de nuestras fronteras: con razón se refiere el prof. García Cantero, en el Prólogo «al “goteo” constante de leyes sectoriales en esta materia». La incorporación al *corpus castaliano* de tales novedades es, sin duda, uno de los mayores alicientes para el lector curioso, el práctico y el estudiioso; más aún, cuando esas incorporaciones constituyen las primeras (y casi únicas) referencias acerca de materias determinadas. Es lo que ocurre destacadamente, por ejemplo, con la Ley catalana 8/1993, de 30 de septiembre, por la que se modifica la Compilación catalana en materia de relaciones entre cónyuges, cuyo estudio y análisis —a partir de la legislación anterior, de la jurisprudencia antecedente y de la doctrina catalana (y común) preexistente—, realizado con el rigor que le caracteriza por el prof. García Cantero, comprende casi 100 páginas (de la 787 a la 869), que van mucho más allá de la simple descripción de la reforma, o de la normativa en su conjunto; resalta entre ellas la introducción (pp. 787 a 793), dedicada a exponer la génesis parlamentaria de la ley, los principios inspiradores de la reforma y las novedades más importantes introducidas por la mencionada ley; el resto de las páginas de este § CXXIV, sin embargo, no desmerecen: en ellas el lector podrá obtener una información más que suficiente del contenido de la reforma, y realizar una primera —pero en ningún caso superficial— aproximación a los problemas que suscita su interpretación y aplicación. Del mismo modo, se incorporan las novedades introducidas en los Derechos civiles del País Vasco por la Ley de 3/1992, de 1 de julio (*vid.* las pp. 934 y ss.), cuya exposición y exégesis se apoya en una cuidada y muy actualizada bibliografía; o en el Derecho balear por la ley 8/1990, de 28 de junio (pp. 870 y ss.): en ambos casos, la actualización (prácticamente, obra nueva) ha corrido a cargo del prof. García Cantero.

No son éstas las únicas novedades incorporadas a este volumen (para el segundo, ya en prensa, aguardan todavía algunas otras, de alcance más general y, probablemente, mayor calado). Así, cabe citar las leyes 24, 25 y 26/1992, por las que se aprueban respectivamente los Acuerdos de Cooperación del Estado Español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, completadas con la Instrucción de la DGRN de 10 de febrero de 1993 (pp. 250 y ss., redactadas por el prof. Cas-

tán Vázquez); o la incorporación, obra del mismo prof. Castán Vázquez, de un nuevo y oportuno apartado sobre la Familia en las Declaraciones de Derechos y en las Constituciones Nacionales (pp. 97 a 101).

3. No quiero finalizar sin congratularme de esta nueva edición (nueva, insisto, en un sentido bastante más profundo que el que la expresión parece dar a entender) de un clásico: que lo es, cada día más, también gracias a sus actualizadores, y a su labor tan inequívocamente personal como, paradigmáticamente, más allá de los tópicos, discreta y abnegada. El equilibrio no es fácil de conseguir, pero en este caso es prácticamente perfecto.

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE

**DE COSSÍO, M. Derecho al honor. Técnicas de protección y límites.—
Tirant lo Blanch. Valencia, 1993, 159 páginas.**

La obra pretende ser un estudio sistemático de la problemática concerniente al derecho al honor. Los ocho epígrafes que encabezan cada capítulo ponen de relieve los puntos más conflictivos e interesantes que plantea tal derecho, sobre todo a raíz de su constitucionalización en el artículo 18.1 CE (junto con la intimidad y la propia imagen) y su posterior desarrollo legislativo en la LO 1/1982, de 5 de mayo. No obstante, hubiera sido más deseable el análisis exclusivo de algunos de ellos. De la lectura de la obra surge una cierta insatisfacción debido a que el autor, en su afán de suscitar y resolver de forma exhaustiva todas y cada una de las dificultades, ha descuidado tratar las cuestiones con una mayor profundidad y extensión. También se echa en falta una exposición pormenorizada de las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales, ya que es una materia en la que las resoluciones judiciales ostentan gran trascendencia. Sin duda, la completa bibliografía recogida en la parte final del libro representa una ayuda.

Tanto la introducción (pp. 9-20) como el primer capítulo (pp. 21-35) ofrecen una visión rápida de la protección de la que han gozado los derechos de la personalidad desde la época romana hasta la actual LO 1/1982, distinguiendo de manera especial los textos normativos anteriores a la CE de 1978 (de carácter programático e impreciso) y el periodo posterior a la misma (con la adquisición por tales derechos del rango de fundamentales y la naturaleza de derechos subjetivos).

El capítulo II (pp. 37-49) se centra ya en el derecho al honor, objeto del resto de la obra. El autor examina su definición y delimitación frente a los otros derechos regulados en la LO 1/1982 (intimidad y propia imagen). El objeto central de la LO —intromisión ilegítima— es abordando en el tercer capítulo (pp. 51-66), junto a la novedad que supone la posibilidad de autorizaciones y renuncias por parte del sujeto lesionado en su honor, en cuanto ello pone en tela de juicio, en cierta medida, la propia esencia

de los derechos de la personalidad (caracterizados por su indisponibilidad). Destaca la mención de un tema de candente actualidad, el creciente fenómeno de la patrimonialización de los derechos fundamentales.

«Técnica protectora del derecho al honor» lleva por título el cuarto capítulo (pp. 67-80), encaminado al estudio de los procedimientos judiciales previstos para la tutela del honor y del conjunto de medidas restauradoras del pleno disfrute del derecho. Dentro de éstas, el autor dedica mayor amplitud a la indemnización de daños y perjuicios.

Objeto del quinto capítulo (pp. 81-88) es el derecho al honor de las personas jurídicas, uno de los puntos más polémicos de la vigente legislación. De Cossío no admite la titularidad del honor regulado en el artículo 18.1 CE por las personas colectivas y, por tanto, las únicas vías abiertas en el Derecho privado para la defensa de su prestigio son dos, el artículo 1.902 del Código civil y el artículo 6 del Estatuto de la Publicidad (este último sólo para el prestigio mercantil). Sorprende, sin duda, la mención de tal Estatuto por el autor puesto que una disposición expresa de la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988 deroga la Ley 61/1964, de 11 de junio, aprobatoria del Estatuto de la Publicidad. La prestación del consentimiento por menores e incapaces para llevar a cabo actos relativos a los derechos de la personalidad, si sus condiciones de madurez lo permiten, es materia del capítulo VI (pp. 89-94).

Dos últimos capítulos cierran la obra. El primero (pp. 95-105) se refiere a la novedad que implica la tutela del honor de los fallecidos en la LO 1/1982. Especial interés despierta la cuestión concerniente al tratamiento jurídico que debe recibir la indemnización en este tipo de supuestos, teniendo en cuenta la diferenciación entre el daño nacido antes y después del fallecimiento del titular del derecho lesionado y la pluralidad de legitimados para accionar en defensa de su honor. El capítulo VIII (pp. 107-130) plantea el conocido conflicto entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información del artículo 20 de la CE (presupuesto de veracidad de la información, relevancia pública de los hechos y de las personas, el derecho de rectificación y el secreto profesional).

ALMA M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN

GARCÍA RUBIO, M.^a Paz, *Legislation Comparée. Espagne*. Fasc. I (*Sources. Droit de la personne. Mariage. Séparation de corps et divorce. Régimes matrimoniaux. Filiation et adoption. Obligations alimentaires*). Fasc. II (*Successions et donations*), Ed. Techniques - Juris-Classeurs, 1994.

No resulta fácil reseñar un trabajo como el realizado por la Profesora García Rubio en el *Juris-Classeur de droit comparé (Legislation comparée, Espagne*, Fasc. I y II, 1994). El propio contenido omnicomprensivo de los

dos nuevos fascículos referidos a España y el estrecho marco de la *refonte* condicionan este comentario que más que tal ha de ser, necesariamente, una *noticia*; eso sí, una muy buena noticia. Después de más de diez años en que la prestigiosa publicación de Derecho comparado pasease por el mundo un *supuesto* Derecho civil español apenas reconocible tras la impronta constitucional, la editorial francesa emprendió una labor, primero de maquillaje (*mise à jour* aparecida en el otoño de 1993) y de profunda reestructuración, más tarde, teniendo como resultado el ahora reseñado.

No es necesario abundar en la importancia actual de los estudios de Derecho comparado. Basta echar una mirada a la más reciente literatura jurídica española para percibirse de que cualquier desarrollo doctrinal con aspiración de trascendencia ha de sobrepasar el encorsetado núcleo de un Código civil, de un Código de comercio o, en general, de la legislación nacional para mirar más allá de las *fronteras de la ley*. Y no se trata ya de identificar foráneos precedentes que nos desvelen la tristeza de galimatías interpretativos que tienen su origen en una mala traducción del francés, del italiano o del alemán; se trata de ser conscientes de la instrumentalidad del Derecho como mecanismo de ordenación de una sociedad que cada vez es más homogénea en cuanto a sus problemas. Y si los problemas son los mismos o similares (los matrimonios se disuelven, la propiedad se transmite *inter vivos y mortis causa*, en fin, las personas físicas nacen y mueren sin discriminación por razón de nacionalidad...), la verificación de las *distintas* soluciones se ha de convertir en un ejercicio cotidiano del jurista. Para los estudiosos extranjeros, la aparición de estos dos nuevos fascículos sobre el Derecho español es, por tanto, una muy buena noticia.

Supone un importante paso en la búsqueda de un equilibrio en el conocimiento recíproco de los distintos sistemas; el acercamiento al jurista extranjero del mundo francófono (y a quienes tienen acceso a tal lengua y no al español) de una visión sistemática de nuestro complejo sistema de fuentes y de una parte de nuestro Derecho privado que habrá de suponer, sin duda, la posibilidad de contrastar la opinión que nuestras soluciones merecen allende nuestras fronteras en mayor medida que hasta la fecha.

Mas esta labor de *exportación*, de *divulgación* jurídica, por sí sola justificable, no sería sino un vano intento de no concurrir en ella las características que gobiernan la confección de estos dos nuevos fascículos: exposición precisa, sistemática y exhaustiva dentro de los límites intrínsecos de la publicación. La dificultad de una tarea como la realizada por la Profesora García Rubio no radica, evidentemente, en la exposición de originales construcciones y complejos análisis de discutidas instituciones. Por el contrario, el mayor obstáculo con que se encuentra el autor de cualquier fascículo del *Juris-Classeur de droit comparé* es simplificar sin caer en el simplismo; comprimir sin preterir; exponer sin parafrasear. La lectura de los dos nuevos fascículos sobre el Derecho español muestran que tales dificultades han sido superadas con solvencia. En verdad, ello ha sido facilitado por la elec-

ción de un hilo conductor, de sobra acertado, que ha condicionado un *tono de decir* no siempre identificable en el tratamiento de estos temas, incluso a nivel interno: el constitucional. Desde la precisa exposición del sistema de fuentes hasta la última legislación autonómica están leídas o releídas a la luz de la Constitución española. La referencia constante a la labor del Tribunal Constitucional da buena fe de este hecho, quizás hoy ya cotidiano para el operador jurídico español, pero de indudable importancia para el estudioso extranjero.

Entrar a valorar la singular exposición de cada institución en su marco competencial es algo más propio de una recensión que de esta *noticia*. Y, por otro lado, ya hemos advertido que el trabajo no puede (ni debe) prestarse a una polémica, habida cuenta de sus objetivos inmediatos. No obstante, no está de más resaltar el tratamiento que se hace de temas como el de la constitución como fuente del derecho, los derechos de la personalidad, las uniones de hecho o los efectos de la sucesión, en los que la autora pone de manifiesto su vasta preparación jurídica.

La contribución de la Profesora García Rubio en el *Juris-Classeur de droit comparé* (*Legislation comparé*) tiene además el mérito —y sólo por ello deberíamos felicitarnos— de presentar al mundo un Derecho civil español sugestivo y moderno, tan falto de difusión y conocimiento más allá de nuestras fronteras. Es seguro que la obra reseñada contribuirá de modo importante a paliar esa carencia.

JULIO I. IGLESIAS REDONDO

LÓPEZ JACOÍSTE, José Javier: *Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual*. Discurso leído el día 10 de enero de 1994, en su recepción pública en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Contestación a cargo de D. Manuel Albaladejo García, Madrid, 1994, 159 páginas.

1. Como es praxis habitual en estas ocasiones, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación ha editado la versión escrita del discurso pronunciado con motivo de su recepción como académico de número por el prof. López Jacoíste, acompañado de la preceptiva contestación, que en esta ocasión corrió a cargo del prof. Albaladejo García. Se trata —es también usual, como en tantos otros «discursos» académicos— de una monografía, que versa acerca del que sin duda es uno de los temas «estrella» en el actual Derecho de Obligaciones, tanto desde el punto de vista teórico, como legal o jurisprudencial: la llamada responsabilidad extracontractual (sigo aquí, sin especiales reticencias, la terminología quizás más clásica entre nosotros, que es la empleada por el autor).

2. El título del Discurso (*Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual*) es ya de por sí suficientemente indicativo del

enfoque adoptado por el prof. López Jacoíste: no estamos ante un tratamiento sistemático de la responsabilidad extracontractual en nuestro ordenamiento, sino ante una obra que reúne más bien, sin faltar al rigor y profundidad exigibles, las características de un ensayo jurídico, dirigido a poner de manifiesto la personal visión del nuevo académico sobre las líneas de fuerza que han regido (y rigen) su evolución, a diagnosticar el porqué de la situación actual —tan diferente, como es sabido, a la existente cuando se promulgó el C.c.—, a revelar algunas de las claves que permiten una mejor comprensión de una materia en constante expansión, caracterizada, desde distintos puntos de vista, por la complejidad, el conceptualismo y una cierta (*¿calculada?*) ambigüedad.

Como he dicho, el *Discurso* no obedece a un enfoque sistemático o analítico. Tampoco en su desarrollo o en su estructura interna (lo que, probablemente, es lo más correcto, habida cuenta de la perspectiva adoptada): las ideas y conceptos, cuestiones y respuestas, sugerencias e intuiciones, vienen y van, se apuntan y más tarde se recuperan, aparecen y desaparecen algo guadiánicamente, ofreciendo al lector, en su conjunto, una sensación similar a la que se puede experimentar contemplando un cuadro impresionista (pero, claro está, en el campo, siempre más austero, de la literatura jurídica). A lo cual ayuda, por cierto, un lenguaje muy cuidado, por momentos sugerente, y no siempre de fácil lectura.

La bibliografía (jurídica) es cuidada y oportuna, aunque se echan de menos, en ocasiones, algunas obras que me parecen de cita obligada respecto a algunos de los temas tratados¹. La selección jurisprudencial es abundante, actualizada y bien aprovechada. El autor emplea profusa y adecuadamente los recursos que le ofrece el Derecho comparado, tanto desde el punto de vista doctrinal, como normativo.

Por lo demás, el *Discurso* recensionado es literatura no sólo jurídica: hay esporádicas incursiones en la literatura (Cicerón, Shakespeare, Goethe, Rilke) y, sobre todo, en la filosofía (Aristóteles, Tomás de Aquino, Wittgenstein, Ortega y Gasset, Zubiri, Pieper, Spaemann, etc.), que enriquecen (y adensan) la reflexión, dándole un tono que cabría calificar de humanista, al que quizás no estemos del todo acostumbrados y que, quizás, convendría recuperar (sobre todo cuando es sin merma del rigor jurídico, como es el caso).

Lo que antecede explica que sea difícil dar cumplida noticia del contenido del *Discurso*: es obra de difícil resumen. Lo mejor (y no excesivamente costoso, por su medida extensión) es leerla.

¹ Por citar un ejemplo —como he dicho, no abundan—, en sede de responsabilidad por razón de productos y servicios (pp. 52 y ss.), se echa en falta la magnífica monografía de M.^a Angeles PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor* (Barcelona, Bosch Editor, 1990).

3. El *Discurso* se organiza, de acuerdo con lo que promete su título, en torno a las transformaciones de la responsabilidad extracontractual (capítulo III) y sus paradojas (capítulo IV)—a las que cabría unir los que el autor denomina «Contrastes dialécticos y funcionales», del capítulo V—. Antes, sin embargo, hay dos capítulos². El I se dedica («La responsabilidad extracontractual en la vida jurídica contemporánea») a justificar brevemente tanto la elección del tema como el enfoque adoptado—que se hace presente también en el mismo contenido del capítulo—: aquí se pone ya de relieve la que es, a juicio del prof. López Jacoíste, una de las claves —en esta ocasión, de índole técnico-jurídica— de la responsabilidad extracontractual, a la que volverá reiteradamente a lo largo del *Discurso* (pp. 68, 93, 102, por ejemplo): «¿Por qué la responsabilidad extracontractual atrae tan vigorosamente la atención de la metodología jurídica? La razón es obvia: necesita establecer la relación jurídica que por principio falta. Su característica más primaria consiste en implicar una construcción» (p. 16). El capítulo II, desde su mismo encabezamiento («La responsabilidad extracontractual erigida en garantía genérica de la plenitud personal»), pone de manifiesto otra clave fundamental de la responsabilidad extracontractual en el pensamiento del nuevo académico: el personalismo; en palabras del autor, «el ámbito jurídico de la responsabilidad extracontractual traza un círculo de respeto que rodea la esfera de la personalidad y al ser injustamente traspasado por terceros delata el menoscabo y da fundamento y curso a la acción reparatoria» (p. 18); más adelante, ya en la exposición de los factores de transformación de la responsabilidad extracontractual, volverá el prof. López Jacoíste, en esta misma línea, a referirse a los derechos de la personalidad. Desde este punto de vista, que en líneas generales comparto, no está de más recordar, para prevenir objeciones excesivamente patrimonialistas, que los bienes patrimoniales están al servicio de la persona, y no al revés: el valor fundamental, también desde el punto de vista jurídico (art. 10 de la Constitución) es el *ser persona*, no el *tener patrimonio* (cuestión esta que no es la primera vez que aflora en el pensamiento de López Jacoíste: cfr. su trabajo *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, publicado en esta misma revista, 1986, p. 1068).

Creo que todavía cabría identificar una tercera clave, junto a las que proporcionan los capítulos I y II (presentes, además, recurrentemente a lo largo del *Discurso*, el casuismo que caracteriza la praxis de la responsabilidad extracontractual, hace que una aproximación exclusivamente analítica, excesivamente sistemática, rígidamente conceptualista, sea a menudo insatisfactoria para dar respuesta adecuada a los problemas concretos (véanse, por ejemplo, las pp. 68 y ss.). «Me inclinaría a pensar —escribe más adelante López Jacoíste (p. 144)— que el curso que se vislumbra no despliega ya por sustentación en recursos conceptualistas, siquiera renovados. Proba-

² El «Preliminar», como es también usual, se dedica fundamentalmente a glosar la memoria del anterior titular de la plaza ahora ocupada por el nuevo académico.

blemente se oriente a considerar los acontecimientos como centros de significación en función de ponderaciones equilibradas de la posición de las personas y la índole de las cosas». Todo lo cual explica también, a mi modo de ver, que la materia objeto de consideración se aborde en términos de paradoja: «Entrañan éstas —explica el nuevo académico (p. 74)— señalada aptitud para condensar y sintetizar peculiares atracciones entre razones de signo contrario, para dar razón de vigencias que han de acogerse en el preciso sentido de disparidades justificadas respecto de previos o distintos cursos de cosas y acontecimientos, para conferir ilación a circunstancias y razones de carácter adversativo; o, en fin, establecer la continuidad de datos o presupuestos sin coherencia inmediata pero susceptibles de ser absorbidos en una superior unidad argumental».

4. El capítulo III, el más temático (que no sistemático) del *Discurso*, se refiere a «Tres factores fundamentales de transformación» (lo que quiere decir, implícitamente, que no se excluyen otros). Son, por orden de sus secciones, el impacto de la técnica moderna (pp. 31 y ss.), la presencia de los derechos de la personalidad (pp. 39 y ss.) y el ritmo del mercado (pp. 43 y ss.). Desde el siempre significativo punto de vista sistemático, llama la atención la inclusión de lo relativo a la protección de los derechos de la personalidad, que pertenecen a un ámbito cualitativamente distinto, entre los otros dos factores de transformación, de índole claramente menos personalista: quizás una alteración de dicho orden (que no altera el producto) se correspondiera mejor con los propios planteamientos de fondo del autor.

Se abordan en este capítulo (con el enfoque que caracteriza a todo el *Discurso*) temas y problemas bien variados, relacionados más o menos próximamente con los anunciados por las respectivas rúbricas: desde la protección de los consumidores —no sólo en su aspecto de daños por productos, sino también, por ejemplo, en cuanto a la publicidad comercial: pp. 56 y ss.— o al medio ambiente, a la competencia desleal (con un epígrafe dedicado específicamente a la función de la responsabilidad extracontractual en el mercado: pp. 61 y ss.) o la legitimación colectiva y los intereses difusos (pp. 37 y ss.).

5. El capítulo IV («Paradojas de la culpa, de la causalidad, del daño y de la acción»), tras justificar en la forma ya aludida el empleo de la paradoja como forma de aproximación al análisis de los diferentes elementos (convencionales) de la responsabilidad extracontractual, pone de relieve, en primer lugar, la dinámica interna conforme a la que ha ido evolucionando, sobre todo desde el punto de vista jurisprudencial, la doctrina de la responsabilidad civil; dinámica que explica en buena parte dos lugares comunes aparentemente contradictorios (o, al menos, no del todo coherentes): la efectiva evolución progresiva de la jurisprudencia hacia concepciones más flexibles, y más cercanas a la realidad social del tiempo presente, y la sensación —difusa, pero real— de ambigüedad e inseguridad producida por la existencia de fallos cronológicamente

muy próximos con doctrinas aparentemente contradictorias referidas a casos muy parecidos: ello se debe, según apunta López Jacoíste, a la existencia de un flujo de expansión y contracción («dos pasos adelante y uno atrás», afirma gráficamente el autor: pp. 76 y ss.), de manera que el conjunto de la evolución supone un progreso evidente respecto al punto de partida, pero en un determinado momento temporal aparecen juntos flujo y reflujo, provocando esa sensación de ambigüedad e incluso incoherencia de que he hablado. Todo lo cual no supone propiamente una evolución defectuosa, sino que manifiesta precisamente una de las características del propio método evolutivo, que se adecua de esta manera a las ya mencionadas características de la materia en evolución.

Se abordan también otras cuestiones concretas, con sugerentes enfoques filosóficos, sobre la diligencia (puede verse, por ejemplo, el epígrafe 8 — «La inalcanzable diligencia: Aquiles y la tortuga», pp. 83 y ss.—: «Porque la diligencia en su dimensión abstracta no tiene límites, por su propia índole abomina de dimensiones preestablecidas. Lo cual se hace patente ... cuando los Tribunales aprecian que el mero hecho de haber ocurrido el accidente demuestra que no se habían tomado todas las medidas requeridas por la diligencia exigible... Tampoco la diligencia exigible se habrá colmado nunca mientras sigan ocurriendo accidentes»), la indemnización por el daño muerte (bajo el epígrafe, ya de por sí significativo, «¿Reparar lo irreparable?»: pp. 85 y ss.), así como los consecuencias de la generalización del seguro —y de la acción directa de la víctima— en orden a la imputación (judicial) de responsabilidad, y a su mismo funcionamiento práctico (*vid.* pp. 88 y ss.).

6. El capítulo V («Contrastes dialécticos y funcionales») aborda todavía algunas otras cuestiones relativas a la responsabilidad extracontractual, organizadas ahora en forma no tanto paradójica cuanto dialéctica, a través de la contraposición formal de conceptos o ideas que se pretenden —también dialécticamente— enfrentados: relatividad aquiliana y causalidad indiscriminada (pp. 93 y ss.), causalidad e imputación (pp. 106 y ss.), equidad y eficiencia —económica— (pp. 131 y ss.) y subsunción o adición a la norma (pp. 137 y ss.), con retorno a la paradoja, en algunas ocasiones («El azar, la última paradoja»: pp. 139 y ss.)

Se cierra el *Discurso* con un «Epílogo humano sobre la responsabilidad», que conjuga brevemente tres conceptos fundamentales en lo que cabría denominar (pretenciosamente) la antropología de la responsabilidad civil: la libertad, la responsabilidad y el riesgo. Juega aquí el autor con los diferentes significados de la palabra «responsabilidad» y sus derivados, para permitir el tránsito del campo de lo jurídico (responsabilidad extracontractual) al de lo ético-antropológico: «cuando decimos que alguien es un irresponsable estamos insinuando que carece de plenitud existencial... Los forjadores de la historia han sido siempre protagonistas de grandes responsabilidades» (p. 147). El final es, cómo no, una paradoja: «La paradoja existencial de la responsabilidad es que cuesta cara, que puede costar muy

cara, y que, sin embargo, la persona para ser persona necesita ser responsable» (p. 148).

7. Cierra el volumen la contestación, a cargo, como ya he indicado, del prof. Albaladejo García. En ella se centra fundamentalmente, además de en el ya mencionado carácter prudencial de materia («la construcción de la responsabilidad extracontractual no se aviene a un sistema de conceptos cerrados, sino a instrumentos y materiales a los que se ha de dar proporción y adecuación recíproca en consideración a la singularidad del supuesto»: p. 154), en el concepto de autoría, que «viene a dar sentido y colocar en su sitio a otros lugares comunes del razonamiento» (p. 155), y que desarrolla en las páginas siguientes con la agudeza que caracteriza al prof. Albaladejo.

8. Termino ya. Como he indicado más arriba, se trata de un sugerente ensayo en el que el autor expone su personal, rigurosa y bien fundamentada visión del momento que vive actualmente la responsabilidad extracontractual. Sus afirmaciones pueden ser o no compartidas pero, en todo caso, la lectura del *Discurso* será provechosa para quien la emprenda. Al menos, para mí lo ha sido.

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE

LOWE, R. & WOODROFFE, G.: «Consumer Law and Practice», Third edition, Sweet & Maxwell, London, 1991, 436 páginas

Desde la década de los setenta la protección de los consumidores se han convertido en un tema de progresivo interés doctrinal tanto en el Derecho español como en otros ordenamientos. Estudiada en ocasiones a través de la óptica contractual (cláusulas abusivas) o de la libre competencia y la publicidad engañosa, también ha sido objeto de análisis como materia autónoma. En cualquier caso, se trata de proteger a ese contratante en situación de inferioridad que es el consumidor. En este contexto se enmarca el libro de Lowe, *solicitor*, y Woodroffe, *solicitor* y director del *Centro for Consumer law* de la Universidad Brunel de Londres, que, desde una perspectiva global, intentan abarcar todas las cuestiones que pueden afectar a los consumidores y a su adecuada protección jurídica. Como los mismos autores se preocupan de resaltar, se trata de un libro basado en problemas y soluciones concretas dirigido principalmente a los estudiantes de Derecho y a todos aquellos relacionados con la práctica del Derecho de los consumidores. En efecto, dividido en cuatro partes («El consumidor y el Derecho civil», «El consumidor y el Derecho penal», «Control administrativo» y «Protección especial en las transacciones de crédito») se completa con una breve referencia al Derecho comunitario, a algunos Códigos deontológicos y al *Ombudsman* y sus competencias. Los autores no realizan un análisis

teórico o narrativo del Derecho de los consumidores sino que, al contrario, partiendo de casos concretos y con alusiones a decisiones jurisprudenciales buscan dar respuestas a las interrogantes planteadas.

Así, en la primera parte los autores analizan la venta de cosa ajena y sus consecuencias jurídicas. Tras citar tres ejemplos relativos a dicho tipo de venta, explican la regla *nemo dat* (consagrada en la *Sale of Goods Act* de 1979) y sus aplicaciones prácticas mediante un sistema de preguntas («¿tenía el vendedor un título anulable?», «¿permaneció el vendedor en posesión del bien después de una venta previa?», por ejemplo) y respuestas, respuestas que se basan en la Ley de 1979 y en las sentencias judiciales. Asimismo es objeto de estudio la distinción entre bienes defectuosos (bienes de poca calidad o inútiles para el comprador a menos que gaste dinero extra en su reparación) y bienes peligrosos (aquellos que pueden causar la muerte o, en su caso, daños personales o materiales). A juicio de Lowe y Woodroffe la primera clase de bienes citados no es tratada adecuadamente ni por las normas jurídicas sobre responsabilidad ni tampoco por la Ley de protección de los consumidores, por lo que centran su atención en las garantías que frecuentemente los fabricantes otorgan a los adquirentes de determinados bienes de consumo (automóviles, televisores, etc.). Aunque en 1990 el Consejo Nacional del Consumo (*National Consumer Council*) intentó la aprobación de una ley que obligase a los fabricantes a informar al público de sus productos, especialmente los citados, estaban o no cubiertos por una «garantía para el consumidor» (*consumer guarantee*) de duración al menos anual, la propuesta no prosperó ante la oposición gubernamental a las cláusulas de garantía. La parte I de la Ley de protección de los consumidores (*Consumer Protection Act* de 1987) asume el contenido de la Directiva de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos. Esta parte de la Ley coexiste con el Derecho general de contratos y con la responsabilidad civil por lo que, en un supuesto contractual, el consumidor podrá tener su derecho protegido por una Ley como la *Sale of Goods Act* o por el Derecho de responsabilidad siendo la Ley de consumidores irrelevante. A continuación, los autores analizan pormenorizadamente el contenido de la *Consumer Protection Act* en cuestiones tales como los tipos de daños cubiertos por ella (muerte, daño personal y daño a la propiedad privada), carga de la prueba (la persona perjudicada deberá probar el daño, el defecto del producto y la relación de causalidad entre el defecto y el daño), significado del término «producto» (se incluyen la electricidad y las piezas y componentes, excluyéndose, en cambio, los productos agrícolas que no hayan sufrido un proceso industrial), personas sobre las que recae la responsabilidad (el fabricante y cualquier persona que pone su nombre en el producto o usa una marca comercial u otra marca distintiva con relación al producto), etc.

Del mismo modo, la Ley sobre cláusulas abusivas en los contratos (*Unfair Contracts Terms Act* de 1977) ocupa un espacio importante en la parte I del libro. Lowe y Woodroffe aluden con detalle a los distintos aspectos

cubiertos por la Ley: responsabilidad por culpa (*negligence*), obligaciones contractuales (el cliente debe ser un consumidor privado, el suministrador del bien dedicarse profesionalmente a esa actividad y el contrato referirse a bienes corrientes de consumo), cláusulas implícitas que existen en ventas de bienes en general, ventas privadas —el vendedor no actúa en el curso de un negocio—, compras a plazo, etc., y falsificación o *misrepresentation*. El examen de la «razonabilidad» (*reasonableness test*) de las cláusulas contractuales se ilustra con algunas decisiones de los tribunales (*Smith v. Bush* y *Spencer v. Cosmos Air Holidays*). Finalmente, el último capítulo de esta parte se refiere a los diferentes Códigos de conducta (*Codes of Practice*) de las Asociaciones de fabricantes y de suministradores de servicios del Reino Unido.

La parte II del libro comentado («El consumidor y el Derecho penal») distingue entre delitos (*offences*) relativos a descripciones falsas de bienes en las transacciones comerciales y declaraciones falsas realizadas por el prestador de un servicio (éste debe conocer dicha falsedad o hacer su declaración imprudentemente). Los primeros son cometidos por una persona en el transcurso de una actividad comercial o de negocios y producen una «responsabilidad estricta» (*strict liability*), mientras que las segundas, aunque se hacen también con motivo de una actividad negocial, no suponen ese tipo de responsabilidad. El ámbito de estas últimas suele ser la actividad turística, especialmente en la información suministrada en los folletos y propaganda de las Agencias de viaje. La protección de los consumidores, en cualquier caso, se pretende conseguir mediante medidas de naturaleza penal (multas y penas de prisión), no reconociendo la posibilidad del ejercicio de acciones civiles. El consumidor en todo caso podrá plantearlas en la forma ordinaria, por infracción del contrato (*breach of contract*) o por *misrepresentation*.

Por otra parte, las consecuencias penales de la fabricación e introducción en el mercado de bienes peligrosos es analizada a través de la Ley de seguridad del consumidor (*Consumer Safety Act* de 1978) y su enmienda de 1986, que tuvo su origen en un Libro Blanco publicado por el gobierno británico y que otorgó poderes a los funcionarios de aduanas para suspender la importación de bienes durante un determinado plazo. Se trataba de comprobar, mientras tanto, si esos bienes cumplían los requisitos de seguridad exigidos por la legislación inglesa. Esa tendencia se plasmó en la Ley de protección de los consumidores de 1987 mediante el «requisito de seguridad general» (*general safety requirement* o GSR), que es una obligación impuesta a toda clase de suministradores de servicios y no simplemente a los fabricantes de tal manera que, como dice la sección 10(1) de la Ley, «una persona será culpable de un delito si suministra cualesquiera bienes de consumo que no cumplan el GSR o si ofrece o acuerda suministrar tal clase de bienes (...». Su campo de aplicación son los bienes de consumo, incluyéndose una lista no exhaustiva de factores que deben ser tenidos en cuenta para la calificación del supuesto de hecho.

En la parte III se analiza la Ley de «comercio legítimo» (*Fair Trading Act* de 1973) y el control público del mismo por el *Director General of Fair Trading*, que puede promover «legislación subordinada» (el Parlamento delega en determinados asuntos su capacidad legislativa) para proteger al consumidor prohibiendo prácticas negociales «no deseables», publicar información dirigida a los consumidores, incitar a las asociaciones empresariales y profesionales a preparar y adoptar Códigos voluntarios de conducta, etc. Los autores se refieren con cierto detalle a algunas de esas prácticas negociales como la venta por correo, los anuncios de venta de bienes en la prensa escrita o la exclusión aparente del IVA en las ventas de productos y al poder del Director General para solicitar de un tribunal un interdicto (*injunction*) que impida la publicación de anuncios engañosos tras la entrada en vigor de las «Reglas» (*Regulations*) de 1988. En efecto, el 20 de junio de ese año entraron en vigor las *Control of Misleading Advertisements Regulations* para cumplir el mandato de la Directiva sobre publicidad engañosa de 1984.

La parte IV desarrolla el tema de la protección dispensada a los consumidores en las transacciones de crédito al consumo (*Consumer Credit Act* de 1974) que incluye, dentro la definición de «acuerdo de crédito al consumo», la venta a plazos, el crédito personal, la venta condicional, el préstamo bancario, el crédito garantizado por una hipoteca inmobiliaria o la tarjeta de crédito. También contiene los diversos métodos para desvincularse de un acuerdo negocial: la «retirada» (*withdrawal*) del oferente revocando su oferta; la rescisión (*rescission*), en que la parte «*ingenente*» es considerada como si el acuerdo de voluntades nunca hubiese tenido lugar y la repudiación (*repudiation*) donde las obligaciones surgidas antes de la aceptación de la repudiación pueden exigirse legalmente, aunque normalmente reduciéndose o extinguiéndose mediante una reclamación de daños; la cancelación (*cancellation*) en cuya virtud la legislación concede al deudor o arrendatario una oportunidad para «segundos pensamientos» o *cooling-off period* y la conclusión, o *termination* (recurso último que sólo se aplica en los casos de venta a plazos y venta condicional, debiendo el deudor pagar una cantidad equivalente a la mitad del precio total).

La parte final del libro se completa con una referencia al Tratado de Roma y, especialmente, a sus artículos 100 (aproximación de las legislaciones de los Estados miembros mediante la publicación de Directivas por la Comisión) y 235 (actuación del Consejo para alcanzar alguno de los objetivos de la Comunidad cuando el Tratado no otorga los medios necesarios), así como el «Programa de protección de los consumidores» (*Consumer Protection Programme*) aprobado en 1972. A continuación se exponen brevemente las características principales de tres proyectos de Directivas comunitarias: la de cláusulas abusivas de los contratos (que ha sido publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* en 1993), la de seguridad general de los productos y la relativa a la responsabilidad de los prestadores de servicios.

Tres apéndices cierran el libro: el primero con los Códigos de conducta de la industria de automóvil (*Code of Practice for the Motor Industry*), tour-operadores turísticos (*ABTA Tour Operators' Code of Conduct*) y venta y asistencia técnica en la industria eléctrica y electrónica (*Code of Practique for the Selling and Servicing of Electrical and Electronic Appliances*). El segundo contiene las direcciones de las asociaciones profesionales que han promovido la adopción de Códigos de conducta en su sector de acuerdo con la *Office of Fair Trading* mientras que el tercer apéndice se detiene en las competencias del *Ombudsman* sobre disputas y reclamaciones negociales en materia de seguros.

JAVIER LETE ACHIRICA

ROGERS, W. V. H.: «Winfield and Jolowicz on Tort», 13th edn, reprinted, Sweet & Maxwell, London, 1991, 748 páginas.

Winfield define la *tortious liability* como aquella que surge de la infracción (*breach*) de un deber principal fijado por la ley. Este deber afecta con generalidad a las personas y su infracción puede repararse mediante una acción de daños. Es identificable, por tanto, con la expresión «obligación legal» que emplea nuestra doctrina en materia de responsabilidad civil (recuérdese que el art. 1.089 Cc cita, en primer lugar, a la ley entre las fuentes de las obligaciones).

A pesar de que su definición ha sido criticada por su carácter formal, el autor se defiende intentando construir una teoría general de la responsabilidad e indagando sus principios en la amplitud que ha ido experimentando el *law of tort* con el paso del tiempo. Pretende distinguir la noción de *tort* de la de contrato (*contract*), afirmando que la primera categoría existe por virtud del Ordenamiento jurídico mismo (valga esta expresión, tan poco apropiada para la mentalidad jurídica anglosajona que prefiere referirse siempre a *Law* con las posibilidades de traducción para nosotros) y no depende de un acuerdo *inter partes* ni del consentimiento de las personas sujetas a ese deber de responsabilidad. El deber «principal» que la ley señala sirve, a su juicio, para diferenciarlo del cobro de lo indebido, responsabilidad cuasicontractual (*quasicontractual liability*), que tiene su fundamento en el enriquecimiento injusto de la parte que recibe el pago (*unjust enrichment*) frente a la concepción de nuestro Derecho de falta de causa por ser el pago indebido subjetiva (*ex persona*) u objetivamente (*ex re*). En la parte final del capítulo 1 el autor alude a la ampliación que la responsabilidad experimentó a raíz del Informe de la Comisión real sobre Responsabilidad civil e Indemnización de daños personales, Informe Pearson, relativo a qué indemnizaciones debían ser satisfechas en alrededor de cuatrocientos casos de niños nacidos con deformaciones por haber tomado sus madres, durante el embarazo, un medicamento llamado talidomida entre 1958 y 1961. La Comisión, nombrada en 1973, realizó su trabajo durante casi

cinco años y recomendó que debería pagarse indemnización por la muerte o daño físico sufridos por una persona como consecuencia de una relación laboral; el uso de un vehículo de motor u otros medios de transporte; la fabricación, suministro y uso de bienes o servicios; en locales pertenecientes a otro u ocupados por un tercero y en el caso de que la acción u omisión produjese que la indemnización sólo fuere obtenible mediante prueba de la culpa o mediante las reglas de la responsabilidad estricta (*strict liability*). No recomendó un esquema general de indemnizaciones públicas, sino que siguió una estrategia a corto plazo, «realista», reconociendo y animando un cambio progresivo en la extensión de la responsabilidad.

La característica primordial que los autores del libro destacan del *law of tort* en el capítulo 2 es la de estar basado, en su mayor parte, en los casos resueltos por los tribunales mediante sus sentencias, frente a la actividad del Parlamento plasmada en la Ley o Derecho escrito (*statute law*). Esto suponía que si un demandante de responsabilidad civil no era capaz de acomodar su reclamación a una de las formas reconocidas de acción, tradicionalmente *trespass* y *case*, él no tenía motivo de queja que pudiese alegar ante un tribunal. Naturalmente, la promulgación de leyes como la *Consumer Protection Act* de 1987 implica una concepción diametralmente opuesta, en especial respecto a daños causados por productos defectuosos. En este campo, la definición de conducta diligente, *reasonable behaviour*, es descrita como el comportamiento de una persona corriente en cualquier acontecimiento o transacción particular. Lo que no implica, en palabras de un tribunal, «el valor de Aquiles, la sabiduría de Ulises ni la fuerza de Hércules», sino la preocupación de prevenirse contra la negligencia de los demás. Si la persona de que se trata desempeña una profesión, entonces el Derecho le exige, al tratar con los demás, mostrar un nivel de habilidad o competencia que normalmente se asocia con un desempeño «eficiente» de la misma. Lo que en nuestra terminología denominamos «usos profesionales».

El término *negligence*, negligencia o culpa, puede significar en Derecho inglés un elemento o «representación» mental de la *tortious liability* o, en su caso, un *independent tort*. En este segundo aspecto, estudiado en el capítulo 5, se trata de la infracción de un deber legal de actuar con cuidado que produce un daño al demandante y no ha sido buscado por el demandado. Aunque el concepto de deber (*duty*) ha sido calificado de ambiguo, ya en los años treinta la Cámara de los Lores se enfrentó en *Donoghue v. Stevenson* a la cuestión general de si un fabricante estaba sujeto a un deber de cuidado respecto del último usuario de sus productos, respondiendo afirmativamente. Un fabricante de cerveza había vendido una botella opaca con su producto a un mayorista quien, a su vez, la revendió a otra persona la cual invitó a una joven amiga suya a beberla. La botella contenía restos descompuestos de un caracol desde su salida de fábrica, así que la joven demandó al fabricante por negligencia, afirmando que había estado gravemente enferma como consecuencia de ello. A pesar de que la doctrina de la relatividad del contrato (*privity of contract*) le impedía reclamar alegando

la infracción de una garantía del contrato de venta, la mayoría de la Cámara de los Lores sostuvo que el fabricante estaba obligado con la joven por un deber de cuidado (*care*) de que la botella no contuviese ninguna sustancia nociva. Al incumplir ese deber, el fabricante era responsable *in tort*.

Además, entre las categorías de deber limitado, el capítulo menciona la pérdida económica, la responsabilidad de los abogados (durante muchos años un *barrister* no era considerado responsable por negligencia frente a su cliente al afirmarse que no existía una relación contractual, mientras que en la actualidad las primas por seguros de responsabilidad civil han aumentado espectacularmente) y el caso de la «conmoción nerviosa» (*nervous shock*), en que no basta que, a consecuencia de la negligencia, el demandante haya sufrido sensaciones de miedo, angustia mental o pena; sino que tiene que producir alguna condición médica reconocible (física, como un ataque al corazón o un aborto, o mental, como una neurosis).

A diferencia del Derecho español, en que las normas relativas a la seguridad e higiene en el trabajo forman parte del Derecho laboral, el Derecho inglés incluye bajo la denominación de «responsabilidad del patrono» distintos aspectos del deber de éste respecto de sus empleados. Así, el capítulo 8 se refiere al deber «razonable» de proporcionar una plantilla de hombres competentes (*competent staff of men*); de poner a su disposición la instalación y material necesarios, de tal forma que el patrono será responsable si se causa un accidente por la falta de algún elemento del equipo que era obviamente necesario o que un patrono «razonable» reconocería como tal (los daños causados a los empleados durante su relación laboral por defectos del equipo o maquinaria se rige por la *Employer's Liability (Defective Equipment) Act de 1969*; de proporcionar un lugar de trabajo seguro (*safe place of work*) y, finalmente, un sistema de trabajo que reúna esas mismas características (*safe system of working*). La obligación del patrono no abarca sólo el trabajo actual de sus empleados, sino también los actos que son normal y razonablemente fortuitos en el trabajo diario de una persona.

La responsabilidad por productos defectuosos, objeto del capítulo 10, recibió un extenso tratamiento de la doctrina y los tribunales antes de la promulgación de la Ley de protección de los consumidores (*Consumer Protection Act de 1987*). Se impuso la regla general de que «cuanto mayor sea el riesgo, mayores deben ser las precauciones tomadas para evitarlo», extendiéndose desde los fabricantes hasta incluir todo tipo de personas que realizan reparaciones, montajes, ajustes, etc. Un simple distribuidor o suministrador no ha creado activamente el peligro de la misma forma que el fabricante, pero también él está sometido a una obligación de inspeccionar el producto de tal modo que si resulta peligroso por alguna causa que debería haber conocido, su incapacidad en advertir ello supone negligencia. En *Andrews v. Hopkinson*, el demandado vendió un coche de segunda mano a una entidad de financiación y ésta lo alquiló al demandante en virtud de un contrato de venta a plazos. Aunque el automóvil tenía una antigüedad

de dieciocho años y había estado en posesión del vendedor-demandado durante una semana, éste no se había preocupado de averiguar realmente cuál era su estado. De hecho, el coche tenía un defecto en el mecanismo de dirección que fue la causa de un accidente del demandante una semana después de su entrega. Quedó demostrado que dicho defecto en la dirección habría sido descubierto por un mecánico competente, de haber revisado el auto, y, por tanto, el tribunal no dudó en sostener que el demandado era culpable de negligencia al no hacer revisión apropiada o, al menos, de no haber advertido al demandado que esa revisión no la había llevado a cabo. La responsabilidad frente al último comprador también fue declarada en *Grant v. Australian Knitting Mills Ltd.* respecto de los fabricantes de unos pantalones que contenían un producto químico que causaba una enfermedad en la piel. A pesar del desarrollo de la responsabilidad por productos defectuosos del Derecho inglés, la intención de extender la protección de los consumidores de bienes y servicios y la Directiva de 1985, relativa a la responsabilidad de dichos productos, están en la génesis de la *Consumer Protection Act* de 1987, que entró en vigor el 1 de marzo del año siguiente. La ley se preocupa de indicar expresamente que el productor de un bien es responsable por los daños personales o por el daño causado a la propiedad de una persona por un defecto del producto de que se trate, *sin necesidad de que sobre el demandante recaiga la prueba de la culpa*. A pesar de todo, la responsabilidad no es absoluta; afecta, en primer lugar, al productor del bien (*producer*) ya sea fabricante, manipulador del mismo con un determinado fin, etc., a la persona que da su nombre al producto o usa una marca comercial en relación con él y, finalmente, al suministrador que no identifique a su propio suministrador (sea o no el productor del bien) ante la solicitud en ese sentido de la persona que haya sufrido el daño. La finalidad es hacer responsable, como si del productor se tratase, a quien rompa la cadena de responsabilidad no identificando a su suministrador. Dentro del término producto (*product*) se incluyen tanto los bienes corporales (*goods*), como los que no lo son (electricidad, por ejemplo).

Acorde con la peculiar sistemática que el *Common Law* utiliza al estudiar la responsabilidad civil, el capítulo 12 abarca la difamación (*defamation*) en sus dos variantes de *libel* (declaración o representación difamatoria en forma permanente, ya sea escrita, plástica, etc.) y *slander* (la difamación se expresa en forma oral o mediante gestos). «Mientras el *libel* se dirige al ojo, el *slander* lo hace al oído». Aparte de los elementos que deben concurrir en esta materia y las posibles defensas del demandado, se hace una breve mención de la *Rehabilitation of Offenders Act* de 1974 cuya intención es considerar rehabilitada a una persona cuando, habiendo sido condenada a una pena de prisión no superior a treinta meses por difamación, ha transcurrido desde la sentencia un «período de rehabilitación» de cinco a diez años según los casos. Que una conducta como la mencionada, un ilícito penal para el Derecho continental, se incardine dentro de la noción inglesa de *tort* es, a mi juicio,

una muestra significativa de la flexibilidad y falta de apego dogmático del Derecho anglosajón.

Otro ejemplo de las peculiaridades que mencionamos nos lo proporciona el capítulo 21 sobre la llamada, con terminología canónica, responsabilidad «vicaria» (*vicarious liability*), esto es, la responsabilidad del *master* o «amo», en expresión arcaica de nuestro Cc, respecto del *servant* o criado. Pero también se ha incluido en su ámbito la del personal sanitario de los hospitales, si bien en muchos casos existía también la tendencia de tratar la cuestión como una responsabilidad principal de las autoridades sanitarias (*National Health Service*) por infracción de su propio deber para con el paciente y la de la policía. En este último supuesto, hasta 1964 una persona dañada por una *tortious conduct* de un policía sólo podía reclamar dirigiéndose contra el oficial implicado, pero a partir de la *Police Act* de ese año el oficial jefe de cualquier área de policía es responsable de los daños cometidos por sus subordinados bajo su dirección y control. Naturalmente, el oficial jefe responsable no soporta los daños personalmente (como sí le ocurre al *master* respecto de sus *servants*), sino que aquéllos son satisfechos a cargo de un fondo constituido con ese fin.

La parte última del libro alude a temas tales como las clases y medida de los daños producidos, la capacidad de los menores, cónyuges o *clubs* y la extinción de la responsabilidad *on tort*. Baste indicar, finalmente, que el Derecho inglés no reconoce, a diferencia del norteamericano, las *class actions*, acciones colectivas compensatorias de los daños sufridos personalmente por los consumidores o por las víctimas de productos o servicios.

JAVIER LETE ACHIRICA

SMITH, J. C.: «Smith and Thomas a casebook on contract», 9th edn, Sweet & Maxwell, London, 1992, 722 páginas.

Una de las características primordiales que suelen atribuirse al Derecho inglés es la de su casuismo jurisprudencial. Frente a la preponderancia de la ley en los Ordenamientos codificados de la Europa continental, se dice que el Derecho anglosajón descansa sobre la base de los Tribunales superiores cuyas decisiones son fuente del Derecho. O, como afirman Bailey y Gunn¹, «aparte de la policía, los Tribunales son quizás la característica más visible del sistema legal inglés». La evolución sufrida por éste en los últimos tiempos, especialmente por influencia de la legislación comunitaria, ha alterado parcialmente la rotundidad de ta-

¹ *Smith and Bailey on the modern English Legal System*, Second edition, London, 1991, p. 30.

les afirmaciones. Las «Leyes sobre cláusulas abusivas de los contratos de 1977» (*Unfair Contract Terms Act 1977*), «de protección de los consumidores de 1987» (*Consumer Protection Act 1987*) o «de acuerdos de arbitraje de consumidores de 1988» (*Consumer Arbitration Agreements Act 1988*) son una buena muestra de ello.

Sin embargo, tampoco resulta indudable la necesidad de consultar las recopilaciones de casos cuando de acercarse al Derecho inglés se trata. El aprendizaje del mismo sigue realizándose a través de su estudio, denominado el «método del caso» (*case method*). En este sentido, uno de los manuales al uso más interesantes relativo a la materia contractual es el de J. C. Smith, Catedrático emérito en la Universidad de Nottingham, que es objeto de nuestro comentario. Su selección jurisprudencial abarca desde la formación del contrato (oferta y aceptación, duración de la oferta) y las doctrinas de la *consideration* y la «relatividad del contrato» (*privity of contract*) hasta los remedios legales de la parte afectada por un incumplimiento y los vicios que invalidan los contratos. Incluyendo, asimismo, las obligaciones que surgen de éstos, las cláusulas abusivas, etc. Recoge no sólo casos antiguos, «clásicos», reiteradamente citados por la jurisprudencia y la doctrina, sino que incorpora además algunas de las decisiones más recientes de los Tribunales.

Entre los primeros es ineludible mencionar *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*, utilizado para discutir la noción de contrato unilateral y sus consecuencias legales. Los demandados, propietarios y vendedores de una preparación médica llamada «*The Carbolic Smoke Ball*», insertaron en la *Pall Mall Gazette* de 13 de noviembre de 1891, y en otros periódicos, un anuncio según el cual la empresa vendedora pagaría cien libras a cualquier persona que contrajese gripe, catarro o cualquier enfermedad causada por el frío después de haber usado el producto anunciado tres veces al día durante dos semanas según las instrucciones facilitadas con cada envase. Asimismo, la empresa anunciaba el depósito de mil libras en el *Alliance Bank de Regent Street* para demostrar su seriedad en el asunto. Para asegurar aún más la sinceridad de su oferta, la empresa indicaba en el anuncio que durante la última epidemia de gripe se habían vendido miles de envases de su producto para prevenir la enfermedad y que no se conocía ningún caso en que los usuarios del mismo la hubiesen contraído. La demandante, una señora que había comprado un envase en una farmacia y que lo había usado ininterrumpidamente desde el 20 de noviembre de 1891 hasta el 17 de enero del año siguiente, contrajo la gripe en esta última fecha y reclamó, por tanto, las cien libras prometidas.

En su defensa, los demandados argumentaron que el anuncio no era en absoluto un contrato, sino simplemente una oferta hecha al público. Según ello, los términos de ésta eran demasiado vagos para ser considerados una oferta definitiva y, además, no podía pensarse seriamente que los anunciantes prometían pagar una cantidad de dinero a todo aquel que contrajese la gripe en cualquier época después de haber usado su

producto. Se trataría entonces de un contrato realizado con todo el mundo. Sin embargo, el tribunal rechazó este último argumento como falaz e indicó que se trataba de una oferta hecha a todo el mundo, oferta que vinculaba a cualquiera que, antes de ser revocada, realizase la condición contenida en el anuncio (usar el producto médico según las instrucciones). De tal manera que, aunque la oferta se hacia a todo el mundo, el contrato se celebró con esa parte limitada de público que cumplió la condición en virtud de su creencia en el anuncio. La necesidad de aceptación del contrato que para el Derecho inglés debe notificarse al oferente no era necesaria en este caso, si dicho oferente daba a entender expresa o tácitamente en su oferta que el cumplimiento de la condición constitua una aceptación suficiente sin necesidad de notificación.

Entre las decisiones jurisprudenciales más recientes que contiene el libro de Smith está la del caso *Williams v. Roffey Bros. & Nicholls (Contractors) Ltd.* de 1990, relativa a la doctrina de la *consideration*. Aunque su vigencia actual es objeto de crítica, Atiyah indica que significa la razón del cumplimiento de una promesa. Usualmente la doctrina señala que *consideration* implica que el promitente debe haber pedido y recibido algo a cambio de su promesa, esto es, puede consistir en el pago de una cantidad de dinero o cualquier otro acto jurídico que el promitente haya exigido como precio de ella. En el caso citado los demandados, que habían contratado la restauración de un bloque de pisos, subcontrataron el trabajo de carpintería con el demandante por un precio de veinte mil libras pagaderas a plazos a medida que el trabajo se terminase. Pagado el ochenta por ciento del precio, el demandante se encontró en dificultades financieras, ya que dicho precio era demasiado bajo; así que los demandados, responsables por una cláusula penal si el trabajo no era terminado a tiempo acordaron pagar al demandante una cantidad extra de diez mil trescientas libras a razón de quinientas setenta y cinco por piso. Este terminó otros cuatro pisos pero sólo recibió mil quinientas libras, por lo que presentó una demanda contra los contratistas exigiendo el dinero restante. Los demandados negaron su responsabilidad, alegando que el acuerdo de pagar una cantidad extra no estaba basada en ningún tipo de *consideration*. Aunque es cierto que el demandante no prometió hacer ningún trabajo adicional a aquel que había originariamente prometido, el tribunal estimó que sí habían variado los términos en virtud de los cuales debía cumplir su trabajo. Además, el deseo de los demandados de conservar los servicios del demandante para que terminase el trabajo sin necesidad de buscar otro subcontratista les llevó a completar el modo de pago inicial por un plan más formalizado, es decir, pagar una cantidad determinada tras la terminación de cada piso. Todo esto no eran sino ventajas para los demandados, de quienes se podía decir que estaban en *consideration* de su promesa de pagar la cantidad adicional de diez mil trescientas libras.

Acerca de la «relatividad del contrato» (*privity of contract*), *Norwich City Council v. Harvey* es un ejemplo claro y reciente. La doctrina de la

privity determina que una persona que no es parte en un contrato no está sujeta por obligaciones impuestas sobre ella por dicho contrato sin su consentimiento. En *Norwich City Council...*, en un contrato de construcción de una piscina el demandante acordó con los contratistas principales asumir cualquier riesgo de pérdida o daño por incendio del edificio. Desgraciadamente, los subcontratistas demandados prendieron fuego al edificio al usar un soplete pero la acción del demandante dirigida contra ellos para exigir la indemnización del daño causado por su negligencia no fue admitida por el tribunal. Partiendo del hecho de que la responsabilidad culposa o negligente (*tort of negligence*) depende de que el tribunal determine que la parte ajena al contrato principal está obligada por un deber de custodia o cuidado (*duty of care*), en este caso respecto del demandante, el juez consideró que el acuerdo de asunción del riesgo de incendio entre el demandante y el contratista principal indicaba que no sería justo ni razonable imponer ese deber sobre los subcontratistas demandados. El demandante aceptó el riesgo de incendio y obtuvo una cobertura adecuada del mismo mediante un seguro, mientras que el demandado al contratar su trabajo, «confió» en dicha asunción. A pesar de este fallo, normalmente los tribunales son reacios a considerar que un tercero que causa culposamente daño a la propiedad de una de las partes principales de un contrato no esté vinculada por un deber de cuidado que produzca responsabilidad (*in tort*).

Finalmente, en cuanto a la influencia ejercida para obtener el consentimiento de una persona y sus consecuencias legales, en *National Westminster Bank plc v. Morgan* el Banco acordó con un matrimonio concederle un crédito «puente» con la finalidad de proporcionar ayuda financiera al negocio del marido. El crédito estaba asegurado por una carga legal impuesta sobre la vivienda familiar, de titularidad común. A pesar de que la esposa había firmado el contrato bajo cierta presión de su marido y la amenaza de perder su casa, la Cámara de los Lores rechazó rescindir el contrato porque el Banco no había utilizado una presión excesiva (*undue pressure*) ni abusado de una relación de confianza. Existía cierta evidencia de ese tipo de presión al aprovecharse de la ignorancia para los negocios de la esposa, pero la influencia no había sido abusiva ya que los términos del contrato eran justos (la tasa de interés era comparable a la utilizada para otros créditos empresariales a corto plazo y el crédito proporcionaba un beneficio material a la esposa vital para permitirle conservar su casa). En cambio, *The Port Caladonia and the Anna* constituye un ejemplo de abuso de condiciones injustas del mercado con relación a cláusulas abusivas del contrato. Se declaró inválido el contrato en virtud del cual se remolcaría un barco para evitar su colisión con otro por un precio cinco veces superior al normal, ya que el remolcador era el único que había en las proximidades e intentó aprovecharse del estado de necesidad del barco remolcado. El tribunal redujo el precio a la cantidad normal por un servicio similar. A su juicio, la injusticia del precio es una prueba crucial del abuso de una determinada posición en el mercado.

Como se deduce de lo expuesto, el estudio del Derecho inglés a través de la consulta y comparación de unos casos con otros es un instrumento imprescindible para su adecuada comprensión. El libro de Smith constituye en este sentido una buena ayuda.

JAVIER LETE ACHIRICA

JURISPRUDENCIA

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

LEGITIMACIÓN EN MATERIA DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y CONJUNTOS INMOBILIARIOS

INTRODUCCIÓN

El individuo actual forma parte, necesariamente, de colectividades y organizaciones que se apartan en gran medida de la comunidad de bienes regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil. La vinculación de elementos privativos y comunes en el seno de las cada vez más complejas formas de titularidad surgidas en el ámbito de la urbanización es el ejemplo paradigmático de este nuevo orden de cosas.

Desde los inicios de este fenómeno, han sido muchos los autores y muy variadas las decisiones jurisprudenciales que han profundizado en las situaciones colectivas derivadas del carácter expansivo de la propiedad horizontal, regulada en la Ley de 2 de julio de 1960¹, así como en aquellas otras figuras en las que es posible apreciar una estructura similar a aquélla.

Aunque el Derecho positivo confiere personalidad jurídica a algunos supuestos de titularidad compartida, no lo hace en estos casos. ¿Qué relevancia jurídica adoptan estos entes sin personalidad jurídica? Las prerrogativas y la naturaleza jurídica del grupo organizado de propietarios, concurrentes sobre un mismo objeto jurídico, frente al ámbito de soberanía del sujeto individualmente considerado, ha sido el objeto de discusión permanente en la doctrina y la jurisprudencia desde los inicios de este fenómeno.

Ese es, precisamente, el objetivo del presente estudio: ofrecer una panorámica del tratamiento jurisprudencial de estas cuestiones.

¹ En la actualidad existe un «Borrador» de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios que, de adquirir rango legal, producirá la derogación de la ley vigente con excepción de su artículo primero. Debido a las novedades que introduce y a la importancia de las mismas en relación a los problemas objeto de este estudio, las referencias continuas al mismo nos parecen obligadas.

nes, habida cuenta de que las mismas, lejos de constituir la leve y cotidiana problemática intervecinal a que parece indicar la alusión a las «comunidades de propietarios», forman uno de los objetos litigiosos más frecuentes de nuestros Tribunales, plantean interrogantes acerca de la aplicación de las instituciones más tradicionales de nuestro Derecho y llegan, incluso, a entrar en conflicto con las garantías procesales plasmadas en la Constitución².

Las sentencias del Tribunal Supremo relativas a este fenómeno jurídico han sido sistematizadas como sigue:

1. NATURALEZA JURÍDICA.
 - Aspecto objetivo.
 - Aspecto subjetivo.
2. FIGURAS AFINES.
3. LA FIGURA DEL PRESIDENTE Y LA REPRESENTACIÓN DEL INTERÉS COMÚN.
4. LAS COORDENADAS DE LA LEGITIMACIÓN DEL PRESIDENTE COMO REPRESENTANTE DE LA COMUNIDAD:
 - Los asuntos que afecten a la comunidad.
 - La problemática de la autorización de la Junta de Propietarios.
5. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA LEGITIMACIÓN PASIVA.
6. LEGITIMACIÓN INDIVIDUAL DEL COMUNERO EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.
 - Especial referencia a la jurisprudencia relativa a la legitimación del Presidente como condeño.

1. NATURALEZA JURÍDICA

1. En el aspecto objetivo de la propiedad horizontal hay que distinguir, como la propia ley distingue, las partes privativas (artículos 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal), los elementos comunes, y la unidad del edificio sobre el que se proyecta el régimen. La relación de estos elementos con los privativos es una relación de funcionalidad o instrumentalidad, aunque, en algunos casos puede hablarse de verdadera accesoriaidad. Junto a ellos aparece el concepto de cuota, que, si bien según la Ley de 1939 hacía referencia a los elementos comunes, hoy, según resulta de la Exposición de Motivos de la Ley, se refiere al edificio en su conjunto. La propiedad de cada sujeto sobre este peculiar objeto forma así un «tríptico» de derechos indisolubles

² Como lo demuestra la interposición del recurso de amparo 1326/1987, que dio lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional 173/1989, de 19 de octubre, que tendremos ocasión de comentar en este estudio jurisprudencial.

que conforman una propiedad especial. Según esta teoría, la propiedad horizontal sería una figura *sui generis*, y así habría de explicarse si no se quiere caer en las falacias a que conduce la búsqueda de la naturaleza jurídica de las instituciones, que suele intentar englobarlas en estrechos marcos preexistentes.

Así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia desde los inicios de la figura, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1959: «La propiedad de casas por pisos es una institución de carácter complejo, cuyo género es el derecho de propiedad, pero dentro de él es una especie destacada de las demás tradicionales, y es vano buscarle a toda costa semejanzas o identidades parciales para que sea subsumida y absorbida en otros tipos clásicos, ya que no es una comunidad, en cuanto existen elementos privativos de los varios propietarios, ni la servidumbre sirve para explicar la situación de todas las cosas comunes, sino determinadas relaciones que se dan únicamente entre los propietarios de dos o más pisos, pero que no afectan a todos ellos, como han venido a reconocer nuestra Ley, reformadora del artículo 396, la doctrina científica en su mayor parte, y asimismo la jurisprudencia de esta Sala, que claramente ha declarado que se trata de una forma de goce de la propiedad establecida por el uso y traída hace poco tiempo como institución jurídica singular e independiente».

En el mismo sentido se expresan las Sentencias de 10 de mayo de 1965, 28 de abril de 1966, 20 de abril de 1971, 16 de junio de 1973 y, como más reciente, la Sentencia de 29 de mayo de 1989, que establece que «el contenido del referido derecho singular y exclusivo es el aprovechamiento, y su concreción material no pasa de ser un espacio susceptible de aquél, ninguno de los cuales es imaginable sin la conjunción de los elementos comunes del edificio, y con la existencia de una serie de factores que, sin serlo, interesan a todos, lo que permite calificar aquella titularidad individual como una auténtica propiedad especial, distinta, por supuesto, de la clásica del artículo 348 del Código, enmarcada en la serie de obligaciones que establece el artículo 9 de la Ley, y con las limitaciones que establecen los artículos 8, 7, 9 y 10 de la misma, que sirven para configurar el régimen que hace posible la coexistencia de las diversas titularidades, sin llegar a constituir una personalidad jurídica»....

Estamos de acuerdo con la caracterización de la propiedad horizontal que se recoge en estas sentencias. A nada conduce englobar el Derecho de Propiedad Horizontal en uno de los tipos de derechos establecidos en las leyes. El Derecho de Propiedad Horizontal es uno más de los frutos de la evolución de las instituciones jurídicas y ha de ser tratado en función de la misión que trata de cumplir. Y del mismo nos importa, no tanto su perspectiva estática de derecho real, como la dinámica de motivador de la

creación de grupos organizados y relaciones obligatorias. Por ello, la siguiente plasmación jurisprudencial se refiere, precisamente, al aspecto subjetivo de la propiedad horizontal.

2. Hoy asistimos en nuestro sistema jurídico a un despliegue de grupos organizados de los cuales se duda, más que nunca, cuál sea su naturaleza jurídica y cuál de los anteriores caracteres sea el fundamental en el sentido de que su inexistencia en un caso concreto determine la inclusión del grupo en una categoría subjetiva distinta a la de la mera comunidad de bienes. En el caso de la comunidad de propietarios existente en un régimen de propiedad horizontal, la indivisión forzosa y perpetua deriva de la herencia de los mismos para el disfrute de las propiedades privativas, su necesariedad. Este carácter necesario y perpetuo ha provocado la aparición de una organización corporativa y la actuación en el tráfico jurídico de un ente de hecho, con la consiguiente polémica en relación a la conveniencia de su personificación.

¿Es la técnica de la personificación necesaria para poner en marcha la actuación orgánica del grupo frente a terceros?

¿Es requisito necesario para dicha actuación orgánica la existencia de una masa patrimonial con autonomía propia, independiente de la titularidad de cada uno de sus miembros? El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este tema en repetidas ocasiones.

La relatividad del concepto de capacidad, o lo que es lo mismo, la consideración de la subjetividad jurídica como concepto no unívoco, capaz de englobar diferentes escalas de capacidad, es puesto de manifiesto por la Sentencia de 8 de marzo de 1991, según la cual «La comunidad de propietarios, acogida a la Ley de Propiedad Horizontal, constituye un paso intermedio entre la mera comunidad de bienes y los entes autónomos... y por ello se perfila la voluntad de los miembros como un elemento que incorpora al campo del Derecho un algo intangible encarnado en el acuerdo de la Junta, se proyecta en la vida jurídica a través de la viabilidad que dentro de la misma ejerce con plena legalidad su órgano rector o Presidente, si es que no se quiere hacer tabla rasa de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 1.^º de la Ley de Propiedad Horizontal. Es decir, si la ley no le atribuye específica condición de persona jurídica, no puede, sin ofenderse la letra y el espíritu de la ley, negar la posibilidad de contraer derechos y obligaciones; ello sería incurrir en el absurdo de negar a las comunidades existentes la posibilidad de obtener servicios, contratar modificaciones, adecentar los elementos comunes deteriorados por el uso cotidiano, etc. Y de ahí, que la Sentencia de 24 de diciembre de 1986 de esta Sala, que cita la anterior de 12 de febrero de 1986, nos hable de "actos de conjunto", que son la pura y exclusiva expresión de la relación de los copropietarios respecto de

terceros que ha de verificarse a través de sus órganos —Junta y Presidente de la comunidad— sin perjuicio de las relaciones internas entre aquéllos. En igual sentido se expresan las Sentencias de 10 de junio de 1981, 26 de mayo de 1982, 5 de marzo de 1983, 9 de enero de 1984 y 16 de febrero de 1985».

Sentencia de 14 de mayo de 1992:

«En lo concerniente a la personalidad jurídica de una comunidad de propietarios, es cierto que no se trata de un ente que pueda por sí actuar como lo haría una sociedad o una asociación —art. 35 CC—, y por ello actúa siempre la cabeza visible que legalmente la representa —su presidente, en el caso—, pero lo que no puede pretenderse de este singular régimen de propiedad es que sea una pura entelequia, y aunque la jurisprudencia ha venido señalando que su naturaleza se asemeja a los actos de conjunto (cfr. SSTS 3 de marzo y 24 de diciembre de 1986), en lo que se refiere a la manifestación de voluntad, es lo cierto que dada su extensión, la complejísima trama de derechos y obligaciones que comporta y la posibilidad de que pudiera operar como una comunidad de bienes ordinaria, habida cuenta de la propiedad separada que caracteriza a la propiedad horizontal según el artículo 396 CC, hace imprescindible que, aunque sin personalidad jurídica, sea considerada como un ente de proyección jurídica propia que, si bien actualmente no puede operar sino a través de su representante en juicio y fuera de él, como es el Presidente, tenga una estructura y función propia y relevante en el futuro, que se asemeje a las personas jurídicas del artículo 35 CC citado.»

En efecto, tal y como considera deseable la jurisprudencia, y según se deduce de la orientación del borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, el futuro de la Propiedad Horizontal y figuras afines se traducirá en un reconocimiento todavía más acusado de su capacidad parcial, mediante la plasmación legal de los rasgos de la estructura corporativa en el ámbito de la organización.

¿Es posible hablar de estructura corporativa en el ámbito de la propiedad horizontal? Para responder a esta cuestión hay que distinguir el aspecto constitutivo del régimen de su aspecto organizativo.

Sólo en las personas jurídicas llamadas «perfectas» puede hablarse de estructura asociativa o corporativa. En éstas, la organización despersonaliza la condición de miembro, que se hace transmisible, para que la entidad no quede ligada a las vicisitudes de los socios. El régimen de mayoría rige incluso en la modificación estatutaria, la fuente contractual inicial, que mediante este sistema se sustrae a la voluntad individual. La voluntad mayoritaria será la dueña de todas las situaciones que giren en torno a la vida del nuevo ente. En el desenvolvimiento de la comunidad de propietarios, las cosas discurren de diferente manera. El conjunto de

normas que rigen la comunidad es inmodificable si no media el consentimiento de todos los miembros. Por otra parte, no existe un ente que sustituya frente a los terceros la individualidad de los miembros y, por tanto, la confianza en la solvencia de éstos. Pero, pese a la imposibilidad de hablar de una estructura corporativa, entendemos que es posible hablar de una organización corporativa, tal y como se ha mantenido en la doctrina más autorizada en relación a las sociedades personalistas, que carecen de la posibilidad de modificar la legalidad social por vía mayoritaria, y a las que se ha negado la calificación de personas jurídicas «perfectas». En éstas, y en todas aquellas figuras en las que subsiste una base comunitaria, no hay relaciones corporativas propiamente dichas, sino de cooperación. Pero, a la vez, en la medida en que el sistema de mayorías y de representación institucionalizada se adopte en su seno, se hace necesario adoptar soluciones que se apartan del derecho contractual. En este sentido, es en el que es posible, a nuestro parecer, hablar de «organización corporativa»: La titularidad de los elementos patrimoniales siguen perteneciendo a los miembros. Pero es en su administración que la actuación colegial sustituye a la actuación individual.

De esta forma, y sólo en el aspecto organizativo, el acto colectivo, como conjunto de voluntades coincidentes, deja paso al acto «colegial» o «acuerdo». En estos últimos, lo peculiar es que la unificación de voluntades se produce mediante determinado procedimiento, que convierte en voluntad unitaria del grupo la que no necesariamente coincide con la de todos y cada uno de sus miembros. El acuerdo presupone una comunidad de intereses: sólo en el ámbito de la misma será legítima la utilización del procedimiento mayoritario para su adopción. Fuera de ésta, los intereses son individuales, y el acto que intente unificar voluntades habrá de contar con la coincidencia de todas ellas.

Lo anterior nos hace apartarnos de la consideración, por parte de la jurisprudencia, de los acuerdos adoptados por mayoría en Junta de propietarios en régimen de propiedad horizontal como «actos de conjunto», ya que, en estos casos, se trata de verdaderos actos colegiales. Sólo en el caso de que se exija unanimidad por tratarse de actos que afectan a las prerrogativas del miembro como propietario (actos que excedan de la administración del bien en común y alteración de elementos comunes), podremos hablar de verdaderos «actos de conjunto», como aquéllos en los que, pese a ser imputables a la comunidad, no hay fusión de declaraciones de voluntad, sino coincidencia en su contenido, sin perjuicio de la independencia de todas ellas.

2. FIGURAS AFINES

Antes de proseguir con el tratamiento jurisprudencial de la actuación de las comunidades de propietarios en el tráfico es preciso delimitar el conjunto de situaciones en las que el Tribunal Supremo ha entendido que la existencia de una comunidad de intereses justificaba la aplicación de las reglas de organización y representación propias de la Propiedad Horizontal propiamente dicha.

¿En necesario que se trate de una comunidad de propietarios típica, en la forma en que queda determinada en la Ley de Propiedad Horizontal, y desde el momento en que queda constituida según dicha Ley, o más bien se trata de un fenómeno que surge al Derecho de forma espontánea toda vez que una comunidad de intereses formada en torno a la obligada coexistencia de elementos privativos y comunes requiere la actuación eficaz en el tráfico? Según la jurisprudencia, y como podremos comprobar mediante el análisis de las sentencias se citan a continuación, la realidad jurídica muestra la existencia de formas de propiedad inmobiliaria a las que pueden aplicarse las normas previstas para la propiedad horizontal en sentido estricto.

En efecto, a pesar de que la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 2 de octubre de 1980, resaltaba las diferencias entre los diversos tipos de fenómenos agrupados bajo la denominación de «urbanización», y declaraba aplicables a las mismas, ante la inexistencia de normas específicas, aquéllas reguladoras de la comunidad de bienes ordinaria o de la servidumbre, a la vez que abogaba por una legislación especial que las regulase «con independencia el instituto jurídico de la propiedad horizontal», el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina dominante, pronto se decantó por la aplicación analógica de la Ley de Propiedad Horizontal a las urbanizaciones privadas y a los conjuntos inmobiliarios.

La Sentencia de 23 de septiembre de 1991 establece que «tanto doctrinal, como jurisprudencialmente (Sentencias de esta Sala de 18 de abril de 1988 y 13 de marzo de 1989) se admite, en el caso de las urbanizaciones, la posibilidad de coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas para su organización: la propia y exclusiva de cada edificio con pluralidad de viviendas y la de la urbanización, cada una con sus propios cometidos comunitarios, pero hallándose ambas sometidas, en cuanto a su constitución y funcionamiento (a falta de una regulación específica de la segunda), no a la Ley de Asociaciones de 1964, como aquí pretende la recurrente, sino al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, sin que exista inconveniente legal, ni jurisprudencial, en admitir que la defensa de aquellos intereses comunitarios que, por extravasar los propios y exclusivos de cada edi-

ficio, afecten a la generalidad o a una gran mayoría de los componentes del conjunto urbanístico, pueda asumirla la expresada comunidad de la urbanización».

La doctrina jurisprudencial reseñada daba el primer paso para la solución que después se adoptaría por el llamado «Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios», texto que, superando la aplicación analógica del régimen de propiedad horizontal, propone una regulación conjunta de la propiedad horizontal y de todos los conjuntos inmobiliarios:

En su artículo primero, dedicado a establecer el ámbito objetivo de su regulación, figura ya el término omnicomprensivo de «conjunto inmobiliario», estableciendo la yuxtaposición de propiedades estudiada como criterio de delimitación de otras figuras. En cuanto a la organización, se adopta el criterio, ya sentado por la jurisprudencia, de la existencia de diversas comunidades entrelazadas para la decisión de los asuntos que afecten al conjunto (en cuyo caso el derecho de voto corresponde a los presidentes de cada una de las comunidades integrantes, previo acuerdo en la junta particular de cada una de ellas), y la independencia de cada una de las comunidades, en el caso de que el asunto afecte al ámbito de intereses exclusivo de cada comunidad. Igual criterio rige para el reparto de cargas.

Sin embargo, en el concreto tema de la relevancia jurídica de las situaciones de propiedad horizontal «de hecho» y, en concreto, la posibilidad de ostentar legitimación pasiva, la Sentencia de 21 de noviembre de 1991 estableció que «no la tiene la comunidad que no fue efectivamente constituida. Sólo a partir de ese momento los intereses comunitarios y correlativas responsabilidades encuentran la representación y protección jurídica debida, a través de los órganos que la propia Ley señala».

Esta jurisprudencia habrá de cambiar en el futuro si el borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios llega a buen término. Dicho texto se pronuncia expresamente a favor de la aplicación de las disposiciones que en él se contienen a las situaciones comunitarias de hecho, desde una perspectiva marcadamente antiformalista: en el artículo 3.^º se establece la existencia del régimen comunitario «desde que resulte por cualquier título que distintas propiedades separadas, de las que integran el conjunto, pertenezcan a distintas personas».

3. LEGITIMACIÓN DEL PRESIDENTE. LA REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES COMUNES

El carácter orgánico de la representación que corresponde al presidente de la comunidad es ya un lugar común en la jurisprudencia relativa a la propiedad horizontal. Hasta aquí, el Tribunal

Supremo no hace sino adoptar lo establecido en la Ley de Propiedad Horizontal cuando, en su Exposición de Motivos, justifica el «haber confiado el adecuado funcionamiento del régimen de propiedad horizontal a tres órganos: "La Junta, el Presidente de la misma y el administrador". Sin embargo, la falta de personalidad de la comunidad de propietarios, de un lado, y la aparente contradicción del mismo texto legal (mientras que en la Exposición de Motivos afirma que el representante actúa la representación de todos los titulares, en el artículo 12, dedicado a la representación del Presidente se refiere a la de la comunidad), han provocado la aparición de una doctrina confusa en torno a la caracterización jurídica de esta figura, y han impedido la elaboración de una doctrina general en torno a las consecuencias jurídicas de la misma. Así, el tratamiento de este problema en la jurisprudencia se ha caracterizado por el casuismo y la aplicación de criterios de justicia material, lo que demuestra que la previsión legal de la figura del Presidente, lejos de la justificación que encontró en la Exposición de Motivos de la Ley, no ha servido para "resolver el delicado problema de la legitimación»».

En primer lugar se alzaba el problema de la existencia de órganos en el seno de grupos carentes de personalidad jurídica.

Este problema era opuesto por los demandados en forma de excepción dilatoria del artículo 533.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en procesos en que el Presidente de una comunidad de propietarios actuaba en defensa de los intereses comunitarios sin acreditarse el acuerdo de la Junta de Propietarios que lo autorizaba en tal sentido. Pese a que la desestimación de la excepción del Tribunal tendía a la consideración del Presidente como órgano comunitario, su doctrina dejaba entrever la resistencia a considerar como actuación orgánica la del representante de intereses comunes distintos a los derivados de los entes personificados. De ello son ejemplo las siguientes argumentaciones:

Sentencias 10 de junio de 1981: ... «según doctrina jurisprudencial, la actuación representativa del Presidente, colocada por su naturaleza en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria, "lleva implícita la de todos los titulares en juicio y fuera de él" (preámbulo de la ley citada) —Ss. de 3 de octubre de 1979—, y en ese sentido no ostenta una representación en sentido técnico, sino que actúa como un órgano del ente comunitario, sustituyendo con su voluntad individual la social común, con la posibilidad de considerar lo realizado por el Presidente no como hecho "en nombre de la Comunidad", sino como si ésta misma fuese quien lo hubiera realizado, sin perjuicio de la relación interna que medie entre dicho Presidente y la Junta de Propietarios, a quien deberá responder de su gestión».

En el mismo sentido, las Sentencias de 19 de junio de 1965, y 26 de mayo de 1982, relativa a la legitimación pasiva del Pre-

sidente en materia de modificación de asientos registrales, y rechazando por tanto la violación del artículo 40 de la LH, por lo que «habrá de entenderse dirigida la acción contra todos los propietarios a quienes el asiento que se trataba de rectificar concedía algún derecho y, por ende, no puede estimarse infringido el artículo 40 de la Ley Hipotecaria». En igual sentido en lo que se refiere a esa zona «intermedia» entre los dos tipos de representación: S. de 5 de junio de 1979.

¿Cuál es el temor que impide al Tribunal Supremo en estas sentencias acudir directamente a la caracterización de la actuación del Presidente como de tipo orgánica?

La construcción técnica del concepto de órgano ha sido formulado por la necesidad derivada de la insuficiencia del concepto de representación para caracterizar cumplidamente la normativa de organización para las personas que obran por las personas jurídicas. La idea central de la construcción es que la representación presupone dos sujetos, mientras que la teoría orgánica presupone sólo uno, la persona jurídica, cuya voluntad se expresa mediante el órgano. Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha señalado que el concepto de órgano es un concepto jurídico positivo, que ha de encontrarse en cada ente analizando las disposiciones legales o estatutarias concretas³, y sobre todo, que no puede suponerse que la relación orgánica se derive de la personalidad jurídica, concepto igualmente normativo⁴. Cabe dicho recurso en entidades que no gocen de la atribución de personalidad. La estructura creada y las disposiciones de los preceptos son lo decisivo. De ello es muestra que en aquellos ordenamientos en los que se niega el atributo de la personalidad a las sociedades personalistas, está, sin embargo, ampliamente reconocido para las mismas la posibilidad de una actuación orgánica. La representación orgánica ha de entrar en juego siempre que un grupo de personas o una suma de intereses constituyan o no un ente personificado, quieran darse una organización corporativa⁵.

Por tanto, la expresión «actuación intermedia entre la representación orgánica y la meramente voluntaria» está vacía de contenido. La representación voluntaria se reduce a una actuación en nombre ajeno, mientras que la actuación orgánica supone una relación de orden, en la que las facultades de actuación se encuentran limitadas por la propia organización, que es la que fija la esfera de competencia del órgano. El órgano no es sino un com-

³ GIRÓN, ob. cit., pp. 305 y ss.

⁴ DE COSSIO, A.: *Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica*. «ADC», tomo VII, fascículo III, p. 651.

⁵ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Estudio sobre la representación en el Derecho Mercantil*, p. 298, siguiendo a Müller Freienfalls.

plejo de competencia que se concreta en una determinada persona física⁶.

Según el Tribunal Supremo (Sentencia de 1 de marzo de 1984), en las relaciones internas es de aplicación analógica el artículo 1714 del Código Civil (que prohíbe al mandatario traspasar los límites del mandato, y también los artículos 1.719 y 1.726 (responsabilidad por dolo o culpa), ya que «si bien el Presidente *ad extra* es un órgano comunitario, *ad intra* no es más que un mandatario de los propietarios singulares que forman el régimen de la propiedad horizontal, en que se ingresa por la vía de un contrato o un acto jurídico que, en principio, aleja la aplicación del artículo 1.902, siendo ello relevante a los efectos de la prescripción y otros aspectos». En nuestra opinión, para evitar el fugaz plazo de prescripción aplicable a la acción de responsabilidad contractual no era necesario afirmar de forma tan rotunda (a pesar de la alusión a la aplicación analógica) que el Presidente es mandatario de todos y cada uno de los propietarios en particular. ¿Cómo explicar entonces el hecho de que todos, incluso los que no votaron a favor del nombramiento, queden vinculados por la actuación del mismo y no puedan liberarse de las consecuencias a que conduce su gestión mostrando su desacuerdo? Parte de la doctrina ha intentado explicar la posición del Presidente como mandatario justificando la vinculación del propietario con base en la irrevocabilidad del mandato colectivo para gestionar intereses comunes. Creemos que la figura del Presidente encierra caracteres más complejos que las del mandatario, pero la diferencia entre las dos funciones, mandatario y órgano, no debe llevarnos a conducir a su total separación: es posible, a nuestro entender, recurrir por analogía a los preceptos del Código Civil dedicados al mandato cuando el efecto de la imputación al ente de las consecuencias de la actuación del órgano presenten dificultades, dada la falta de una elaboración dogmática del fenómeno de la actuación orgánica en los textos legales. Y así, será posible aplicar principios derivados de la representación voluntaria, de la representación aparente y de la gestión de negocios ajenos sin mandato, como variantes de la gestión en interés ajeno.

En otras sentencias, por fin, el Tribunal Supremo ha aceptado, sin más reservas, que la representación del Presidente es de tipo orgánico. De ello es ejemplo la Sentencia de 19 de junio de 1965:

«Es forzoso tener en cuenta lo que dice la Exposición de Motivos de la vigente Ley de 21 de julio, a cuyo tenor es uno de los tres órganos (junto con la Junta de propietarios y el Administrador) a quienes se confía normalmente el adecuado funciona-

⁶ WOLFF: *Organschaft und Juristische Person*, t. II, «Theorie der Vertretung», Berlin, 1934, pp. 228 y ss.

miento de este tipo de propiedad, el cual, aunque represente a la comunidad según dice el artículo 12 de la misma ley, no lo es en el sentido técnico de representante, pues sus actos no son de representación aislada e independiente que requiera en cada caso de poderes específicos, ni consta tampoco por ningún lado que obre en virtud de la concesión de una procura de carácter general, sino que actúa como auténtico órgano del ente comunitario al que personifica en las relaciones externas del mismo, sustituyendo con su voluntad individual la auténtica voluntad social o común, y viniendo a ser un puro instrumento físico a través del cual actúa la comunidad, lo cual elimina la distinción y contraposición de los sujetos típicos de la representación, y permite al propio tiempo considerar lo realizado por el Presidente no como hecho en nombre de la comunidad, sino como si ésta misma fuese quien lo hubiese realizado, sin perjuicio de la relación interna que medie entre dicho Presidente y la Junta de Propietarios, ante los que, como es lógico, deberá responder en el caso de que lo llevado a cabo no se hubiera ajustado a las normas legales de orden general o particular contenidas en los Estatutos que rigen la vida de cada una de estas entidades» (en el mismo sentido se expresan las sentencias de 27 noviembre de 1986, sobre legitimación activa en defectos de construcción; 25 de mayo de 1987, sobre el mismo tema; 17 de junio de 1988, sobre legitimación activa para la negatoria contra un copropietario que usa de forma exclusiva un elemento común; 10 de junio de 1981, 26 de mayo de 1982, 25 de noviembre de 1983, 9 de enero de 1984, 16 de febrero de 1985, 15 de julio de 1988).

Pero la caracterización del Presidente como órgano ha llevado a la jurisprudencia, en ocasiones, a posturas excesivamente generosas en relación a la ilimitabilidad de sus poderes representativos, independientemente del ámbito de su actuación y de las decisiones del órgano deliberante, la Junta de propietarios.

La postura del Tribunal Supremo en relación con el ámbito de legitimación del Presidente resulta especialmente problemática en tres puntos:

En primer lugar, y en lo que respecta a la legitimación activa, la jurisprudencia ha admitido la actuación del Presidente como órgano no sólo en el ámbito de la administración y defensa de los intereses comunes del edificio, sino también en lo que se refiere a la actuación en defensa de los elementos privativos de los propietarios afectados, normalmente, por defectos en la construcción. Dentro de esta postura general de ampliación de los poderes representativos del Presidente han existido diversas matizaciones.

En ocasiones, el Tribunal ha considerado que la representación orgánica que se atribuye al Presidente, cuya voluntad vale al exterior como voluntad de la comunidad de la que es órgano de manifestación, impide incluso la averiguación de la esfera de com-

petencia que se atribuye al grupo, «estando como tal legitimado para el ejercicio de toda clase de acciones por imperativo de lo normado en el artículo 12 de la citada Ley Especial, pudiendo concretamente ejercer las encaminadas a obtener el resarcimiento derivado de defectos constructivos, tanto en las partes comunes como en aquellas privativas de los condóminos». Para justificar dicha legitimación del Presidente, las sentencias acaban reiterando la doctrina acerca del carácter de la representación del Presidente, «que no es la ordinaria que se establece entre representante y representado, sino la orgánica, sin que pueda hacerse por los extraños discriminación en punto a si los distintos elementos objetivos, componentes físicos de la entidad jurídica que es la comunidad de propietarios, con semejanzas en su propia naturaleza con los llamados actos de conjunto, o *Gesamtakten*, son de titularidad dominical privada o común, pues ello queda reservado a los integrantes subjetivos de esa comunidad, tanto más cuando ha sido la comunidad, en reiteradas actas, la que ha constatado el acuerdo adoptado en Junta legalmente constituida, de que el Presidente cuantas acciones fueran precisas para obtener la enmienda de las deficiencias constructivas detectadas en el edificio de la comunidad, lo que le confiere una representación *intuitu personae* del Presidente respecto de todos y cada uno de ellos individualmente considerados».

En este sentido se pronuncian las Sentencias de 29 de mayo de 1984, 16 de febrero de 1985, 30 de octubre de 1986, 25 de mayo de 1987, 9 de marzo de 1989, 24 de septiembre de 1991 y 8 de enero de 1992.

Otras sentencias intentan matizar la anterior doctrina, aunque con idénticos resultados: según la Sentencia de 2 de diciembre de 1989, la legitimación activa del Presidente de la comunidad se presume incluso para pedir la reparación de elementos privativos. Consecuencia de esta presunción, se ha entendido que no es el Presidente quien tiene que aportar, en el momento de interposición de la demanda, los datos suficientes en relación con la acción deducida que permitan tenerlo por parte en el proceso en nombre de la comunidad, sino que es el demandado quien habrá de probar, para negar la legitimación del mismo «que el supuesto fáctico motivador de las acciones ejercitadas afecta, única y exclusivamente, a los propietarios singulares de los pisos o locales» (Sentencia de 29 de enero de 1983). Si pensamos, por otra parte, que el Tribunal Supremo considera que la representación conferida al Presidente de la Comunidad alcanza también a las cuestiones relativas a los pisos por el solo hecho de ser más de uno los propietarios afectados (Sentencia de 4 de noviembre de 1992), y que «el contenido del derecho singular y exclusivo es únicamente el aprovechamiento independiente, y su concreción material no pasa de ser un espacio susceptible de aquél, ninguno de los cuales es

imaginable sin la conjunción de los elementos comunes del edificio»⁷, el ámbito de la actuación individual en los asuntos de índole privativa queda reducido a la nada.

Con ello se ha olvidado, a nuestro entender, que el concepto de órgano no ha de identificarse, sin más, con la ilimitabilidad de su esfera de actuación frente a terceros. El órgano surge en el tráfico por la imposibilidad del concepto de «representación» para explicar la imputación de determinados actos a colectivos formados por miembros cuyas voluntades no tienen, en principio, por qué ser coincidentes. Su función es agilizar la gestión de esos colectivos, que no pueden verse paralizados merced a todas y cada una de las voluntades individuales, y crear un centro visible para el establecimiento de las relaciones jurídicas en las que el grupo requiera entablar en cada momento, lo que, en principio, no tiene nada que ver con la ilimitabilidad de su poder de representación frente a terceros. En ocasiones, las necesidades de agilidad y seguridad del tráfico requerirán una protección mayor de los terceros que contraten con el órgano de proyección externa, y se exigirá una ilimitabilidad casi absoluta de los poderes. Es el caso de la tendencia de las sociedades de capital hacia la inoponibilidad de las limitaciones convencionales y estatutarias al poder de los administradores frente a terceros, e incluso de la de la ajenidad del acto respecto del objeto social que ha marcado la legislación comunitaria europea en materia de sociedades, motivada por las exigencias de seguridad que impone el tráfico mercantil. Es importante resaltar, llegados a este punto, cómo el Tribunal Supremo, con una doctrina como la presente, amplía el ámbito de actuación del órgano de representación de las comunidades de propietarios más allá de lo que la legislación mercantil se permite en el caso de las sociedades de capital: en éstas, la progresiva ampliación de los poderes del órgano han tenido como meta la seguridad del tráfico por la protección que con ello se dispensa a terceros. En el caso que nos ocupa, la jurisprudencia da un paso más, y opone al tercero, en su perjuicio y no en su protección, el principio de ilimitabilidad de los poderes de los órganos, sobrepasando con ello, no sólo la suerte de objeto social que pudiera significar la gestión de los intereses comunes, sino también el propio ámbito de capacidad parcial otorgado a la comunidad de propietarios como grupo organizado. La actuación del Presidente no puede sobrepasar el ámbito de intereses que explica la existencia del grupo, y justifica el abandono de la soberanía de la voluntad de cada uno de los miembros en manos de una voluntad única y

⁷ Con esta afirmación, el Tribunal Supremo parece unirse a la teoría del objeto del derecho privativo reducido a un mero «cubo de aire», que llevó a parte de la doctrina a entender que todo el edificio en régimen de propiedad horizontal estaba en régimen de comunidad, y no sólo los elementos considerados comunes.

común. En concreto, la actuación del órgano representativo en el ámbito de la propiedad horizontal ha de funcionar en el espacio comprendido entre las dos coordenadas siguientes:

4. LAS COORDENADAS DE LA LEGITIMACIÓN DEL PRESIDENTE COMO REPRESENTANTE DE LA COMUNIDAD

Primer límite: las facultades de los condueños sobre sus elementos privativos.

De un lado, la representación del Presidente de la Comunidad se predica «para los asuntos que la afecten» (artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal). Por tanto, no puede interferir en los derechos de cada condueño sobre sus propiedades privativas, de titularidad y uso exclusivo e independiente de la comunidad. Es preciso hacer un tratamiento aparte de las limitaciones que las relaciones de vecindad imponen al propietario en el uso de su propiedad privada, y que se incardinan en el conjunto de límites que sufre el derecho de propiedad como derecho no absoluto.

Otra cosa es que, debido la interdependencia de elementos comunes y privativos, el ejercicio de la acción para la que esté legitimado el Presidente en defensa de aquéllos, acabe beneficiando también a éstos; se trata de supuestos de hecho en que los defectos constructivos afectan principalmente a elementos comunes del inmueble, y, derivados de esas deficiencias, se occasionen daños o aparezcan signos de deterioro en los elementos privativos. En las Sentencias de 10 de julio de 1989, 14 de julio de 1989, y 8 de enero de 1992, se considera que la denuncia de los defectos aparecidos en elementos privativos, junto con la de los existentes en elementos comunes que provocan aquéllos, se hallan comprendidos dentro del interés general que se invoca en el artículo 13.5 de la Ley de Propiedad Horizontal y, por tanto, la Junta de propietarios puede autorizar al Presidente para accionar exigiendo también las reparaciones oportunas. Creo que esta solución es la correcta por la siguiente razón: en materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad puede ser responsable y, por tanto, estar legitimada pasivamente como tal, cuando se produzcan daños derivados de su actuación u omisión en lo que respecta a la administración de los intereses comunes, entre los que se encuentra la conservación del edificio. Así se expresan las Sentencias de 24 de abril de 1975, 16 de octubre de 1989, 30 de noviembre de 1988. Si ello es así, cualquier propietario puede dirigirse a la comunidad, exigiendo responsabilidad por los daños sufridos en sus respectivas viviendas, derivados de los defectos en la estructura del edificio, respecto de los cuales no se tomaron las medidas pertinentes. De lo anterior puede colegirse que la actuación de la

comunidad de propietarios en cabeza de su Presidente, exigiendo la reparación de los defectos aparecidos en las viviendas privativas, se engloba dentro del interés de la comunidad en evitar un daño propio. No puede exigirse a los órganos de la comunidad que esperen a ser demandados por los propietarios para demostrar el perjuicio sufrido por la reclamación, de lo que se deriva su legitimación para subsanar los defectos antes de que ésta se produzca, o que la partida indemnizatoria se eleve por un progresivo deterioro.

Pero fuera de los casos reseñados, es necesario que el análisis de la cuestión de fondo deducida en juicio se adelante al análisis de los presupuestos procesales para delimitar claramente el ámbito en que el Presidente, en nombre de la comunidad de propietarios, está legitimado para actuar. La Sentencia de 16 de junio de 1973 expresaba esta idea en relación al examen de la legitimación de la comunidad de propietarios en un caso concreto: «nada impide a los propietarios que actúen a través de su Presidente, y que si es función de la comunidad la conservación y el mejor uso de los edificios, lo primero será conocer a qué extensión se refiere, qué es a lo que tiende el objeto de autos, qué se pone de relieve en la acción deducida por el Presidente de la Comunidad».

En primer lugar, es el demandado el que, mediante una correcta argumentación a partir de la posibilidad que ofrece el artículo 533, II y III de la LEC⁸ (excepciones dilatorias referentes a la falta de personalidad del actor y del Procurador del actor), puede oponer la falta de carácter del demandante, cuando éste actúe representando a un ente inexistente en ese concreto ámbito jurídico (el relativo a los derechos exclusivos de cada condeño). Pero en los casos en que el demandado no denuncie la falta de este presupuesto procesal, sería deseable la ampliación de los poderes de oficio del órgano jurisdiccional en relación a su papel de dirección en el proceso, en paralelo a los que ya ocurre jurisprudencialmente con el tratamiento de la necesidad de litisconsorcio pasivo necesario. Esta tarea se encuentra seriamente entorpecida por nuestro actual sistema procesal, en el que los poderes del órgano jurisdiccional en lo relativo a la correcta fijación de los términos de la litis en lo que respecta a la parte activa están seriamente entorpecidos por una interpretación demasiado estricta de las consecuencias a que ha de llevar el principio dispositivo que rige en el proceso civil. Un ejemplo de ello lo constituye la Sentencia de 24 de julio de 1989⁹. El TS estimó que la sentencia de apelación fue absolutoria en la instancia, al apreciar la excepción

⁸ Excepción VII del artículo 1.464 para el Juicio Ejecutivo.

⁹ La Sentencia ha sido ampliamente analizada por GARBERI LLOBREGAT, J., en *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 21, pp. 850 y ss., cuyos razonamientos hacemos nuestros en este estudio.

ción de falta de legitimación activa, por entender que la comunidad no actuaba en beneficio propio, sino por el interés único de uno de los copropietarios. Pero además lo que argumenta el Supremo es que la falta de legitimación nunca fue aducida por el demandado en el curso del proceso, y por tanto, su apreciación de oficio desestimando la demanda dio lugar a un caso de incongruencia, por estimarse una excepción no alegada por la parte a la que beneficiaba.

Entendemos que sería preferible una presunta vulneración del principio dispositivo —defendido de forma categórica— al intervenir el Juez en la correcta configuración del objeto procesal, y que conduzca a la obtención de una resolución de fondo conforme a Derecho, que resuelva total y definitivamente el conflicto suscitado entre las partes, al respeto a ultranza el referido principio, con la posibilidad de dictar en algunos casos una resolución meramente procesal. Imaginemos que el demandado reconviene, o simplemente la sentencia es adversa a los intereses del demandante: ¿Podría oponerse al propietario que sigue soportando las consecuencias de los defectos constructivos en su vivienda, y que, por unas u otras razones no los denunció, que la sentencia que absuelve a la constructora constituye cosa juzgada frente a él, que no ejercitó su derecho a la tutela? Si bien podría argumentarse que la intromisión del juez en ámbitos regidos por el principio dispositivo podría suponer una vulneración de la imparcialidad, también se ha afirmado por un sector importante de la doctrina procesalista, contrariamente, que en un Estado Social de Derecho el Juez no puede seguir siendo el antiguo convidado de piedra del proceso clásico.

Esa misma doctrina reclama para nuestro Ordenamiento la vigilancia de oficio del presupuesto general de la capacidad, como se halla establecido en otras legislaciones europeas, en concreto en la ZPO alemana.

La cuestión ha de resolverse en términos diferentes a los propuestos si el Presidente obtiene la representación de los propietarios afectados en sus intereses individuales, y así se acredita. Pero la autorización habrá de ser individual, y no llegar a la misma a través del sistema de mayorías. Así se expresa la Sentencia de 2 de octubre de 1992:

«La Ley de Propiedad Horizontal, en aras de una tutela efectiva y de la aplicación eficiente del régimen comunitario con respecto a la propiedad singular y a la colectiva, instauró la figura del Presidente, a quien, a pesar de no ser la comunidad persona jurídica, le atribuye la representación y defensa de los intereses comunes. Al Presidente, además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo le ha extendido sus facultades a la defensa de los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble cuando los propietarios le autoricen; sólo así se evitan procesos con in-

numerales personas, a todas las cuales puede representar el Presidente».

Segundo límite: la actividad que excede de la administración de los elementos comunes.

De otro lado, el Presidente, como órgano, actúa al exterior la voluntad común, pero sólo en la esfera de aquellos actos en que el grupo se superpone a los individuos que lo integran: la administración del edificio de tal forma que permita su adecuado uso y su habitabilidad, y la gestión de todos los asuntos que se deriven de esa administración. El Presidente no puede actuar en la esfera de las facultades que alteren los derechos dominicales del propietario si no media mandato expreso de cada uno de los propietarios in, y entre ellos se encuentra el derecho de cada uno sobre los elementos comunes, sin que medie mandato expreso por parte de cada uno de los interesados, porque en este ámbito el grupo se diluye para dejar paso a los miembros que lo componen. Y ello es así aun cuando medie un acuerdo de la Junta: se trata de una esfera ajena a la organización corporativa de la comunidad.

Pero tampoco cuando la actuación del Presidente se desenvuelve dentro de estas coordenadas se solucionan los problemas de legitimación: en repetidas ocasiones se ha planteado ante el Tribunal Supremo la eficacia de la actuación del Presidente que actúa sin o contra la determinación previa de la Junta de propietarios. Este problema se plantea relacionado con el significado que adopten los actos de administración en la mecánica de la propiedad horizontal, que no tiene por qué coincidir con la extensión que adquiere en otras parcelas del ordenamiento jurídico. Ambas cuestiones están íntimamente relacionadas con el ámbito en que juega y el fin para el que se ha establecido una organización corporativa en el seno de la comunidad de propietarios.

La jurisprudencia relativa a las relaciones entre la Junta de propietarios y la actuación del Presidente en representación de la comunidad ha estado fuertemente marcada por la casuística, lo que indica que la justicia material ha sido el criterio por el que se han dictado las soluciones a los problemas planteados.

La Sentencia de 19 de junio de 1965 ya citada anteriormente, cuya *ratio decidendi* constituye una de las más claras exposiciones de la teoría del órgano¹⁰, aplica la misma de forma verdaderamente generosa: El arrendatario de un local de negocio parte de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal, tras obtener permiso del dueño del mismo, se dirige al Presidente de la Comunidad de Propietarios con objeto de recabar permiso para realizar obras afectantes a elementos comunes. El Presidente le

¹⁰ Así lo entendió el Profesor GIRÓN TENA en su *Derecho de Sociedades I*, Madrid, 1976, p. 305.

otorga el permiso solicitado sin convocar la correspondiente Junta de Propietarios. Las partes litigan a causa de que, con posterioridad, la Junta desautoriza al Presidente alegando que no había dado su consentimiento que ahora expresaba de forma negativa. Es el mismo Presidente el que demanda al arrendatario y al arrendador para conseguir la reposición de las obras, hasta que los elementos comunes quedaran en el estado en el que se encontraban antes de las obras inconsentidas por la comunidad. Según el Tribunal: ... «el arrendatario ... se dirige al único órgano a quien podía hacerlo, el cual, cuando concede la autorización requerida, no es que la dé en nombre propio —más o menos real— por representación del ente comunitario, sino que se limita a sustituir la verdadera voluntad de éste en virtud de la catalogación de órgano formal del mismo que legitima, a todos los efectos legales, al tercero con el que contrató, para obtener las consecuencias jurídicas que le sean favorables como inevitable derivado de la legitimación por aquella apariencia formal de ésta como de cualquier otro tipo de legitimación jurídica, básica en nuestro ordenamiento como en cualquier otro que trate de proteger el tráfico jurídico, de lo que en nuestra legislación existen varios ejemplos concretos, entre otros el supuesto de los artículos 135 y 144 C. Com. esta justificación sólo podría quedar enervada en el caso ... de que aquél no hubiera procedido con la buena fe indispensable para que aquella protección a la apariencia formal pudiera desplegar toda su eficacia jurídica, puesto que no sabía, ni tenía por qué saber que aquel Presidente, órgano de la comunidad, al ponerse en relación con él, no había recabado el asentimiento del resto de los mismos»...

La Sentencia reseñada contiene una clara contradicción, sin duda motivada por la circunstancias concretas del caso: Tras argumentar con base en la teoría orgánica, afirmando que la voluntad expresada por el órgano corresponde directamente al ente que representa, justifica la solución argumentando con base en la protección de la apariencia. Si la actuación orgánica del Presidente fuera tal, también cuando se trata de consentir actos de un tercero que afectan a las facultades exclusiva de cada propietario, tales como modificar el elemento común, que es propiedad de todos, entonces no haría falta más explicaciones: esos actos, en opinión del Tribunal, se hallarán comprendidos en la esfera de facultades típicas del Presidente, como órgano del grupo, y no haría falta recurrir a la protección de quien, con buena fe, confió en la apariencia jurídica. Si por el contrario, el acto sobrepasa el límite de la gestión encomendada a los órganos de la comunidad, de forma que la propia Ley excluye el recurso al régimen de mayorías exigiendo el consentimiento unánime de todos los propietarios como únicos facultados para disponer de su propio derecho (Y qué importa, llegados este punto, si ese consentimiento se expresa en

Junta o fuera de ella), es lógico recurrir al expediente de la buena fe, pero entonces sobra la exposición de las consecuencias jurídicas de la actuación orgánica que tan brillantemente desarrolla la Sentencia que nos ocupa. El recurso a la llamada «representación aparente» es un caso determinado ha de pasar necesariamente por la aceptación de que no existe verdadera representación.

Tras la Sentencia de 19 de junio de 1965, muchas otras se han referido a ella, bien para apoyar sus razonamientos en la misma, ya para explicar eventuales apartamientos de su doctrina: es el caso de la Sentencia de 5 de junio de 1979: aunque la representación del Presidente se halle en una zona intermedia entre la representación orgánica y la meramente voluntaria, y aunque lleve implícita de la de todos los titulares en juicio y fuera de él, resolviéndose así los problemas de legitimación, tal atribución no le faculta para prescindir del acuerdo de la Junta de Propietarios, asamblea deliberante donde se forma el querer del ente comunitario, y sin cuya concurrencia la actuación de aquél sería ineficaz, salvo ratificación, pues el Presidente asume la ejecución de lo decidido en cuanto portavoz de la voluntad surgida en las deliberaciones del órganos supremo, aserto que no variaría aún en el supuesto de conferirle una propia representación orgánica, pues la función representativa sólo puede operar en el ámbito de las determinaciones adoptadas por la comunidad de propietarios, tesis que no discrepa de la mantenida en la Sentencia de 19 de junio de 1965, atinente a un supuesto de protección de la buena fe del tercero contratante que había recabado la anuencia del propietario arrendador y del Presidente...». Entendemos que la Sentencia quiera evitar a toda costa que el Presidente asuma, por iniciativa propia, aquellas decisiones relativas a la integridad de los elementos comunes del inmueble. Se trataba de la construcción de una chimenea que provocaba la alteración de un elemento común (el tejado), y que el Presidente autorizó sin contar con el consentimiento de los miembros de la comunidad, consentimiento que había de expresarse de forma unánime, o lo que es lo mismo, por parte de todos y cada uno de los propietarios, ya que se trataba de un acto que excedía de los de ordinaria administración del inmueble, y afectando, por tanto, a los derechos dominicales de los individuales de los propietarios sobre los elementos comunes. Pero una cosa es rebatir la aplicación de la doctrina de la protección de la apariencia jurídica cuando ésta pretende actuar fuera de los límites que la justifican (para ello habría de darse el caso de que todos los propietarios hubieran creado una situación en la que se sobrentendiera su consentimiento individualizado a dichas alteraciones de su derecho), y otra muy distinta reducir la función del Presidente de la comunidad a la de mero portador o nuncio de las decisiones adoptadas en el seno de la Junta.

Y es que, en nuestra opinión, la solución no ha de ser tan tajante, o lo que es lo mismo, no ha de buscar en la apariencia jurídica la única justificación para la eficacia de los actos que realice el Presidente cuando falte el acuerdo de la Junta. Si ello fuese así, no tendría sentido que, en la esfera procesal, el Tribunal Supremo afirme, en contra de la excepción de los terceros demandados, que «el acuerdo específico de la Junta facultando al Presidente para actuar en juicio en un caso concreto no significa la falta de un requisito de procedibilidad» (Sentencia de 20 de abril de 1991) y que «la falta de autorización de la Junta de Propietarios, aconsejable siempre, no comporta en la práctica la falta de legitimación, y menos aún la nulidad del acto realizado, máxime si se tiene en cuenta que no sufre quebranto la legitimación activa del Presidente de la Comunidad cuando actúa en defensa de los intereses comunitarios» (en el mismo sentido, sentencias de 29 de mayo de 1984, 30 de octubre de 1986, 10 de febrero y 1 de julio de 1989).

Es evidente que las grandes comunidades no podrían funcionar si para cualquier decisión, por mínima que fuera, el Presidente hubiera de recabar el acuerdo de la comunidad constituida la Junta. Existe un ámbito de actividad de administración en que la comunidad se relaciona con terceros, y en el que el presidente puede actuar de forma autónoma, aunque siempre sujeto a la responsabilidad que corresponde a su cargo. Esta es la orientación que ha seguido el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios cuando, en su artículo 28, permite al Presidente actuar frente a terceros en todo lo relativo a la administración ordinaria del inmueble, incluso lo legitima en juicio sin acuerdo de la Junta para exigir el cumplimiento de los contratos que haya suscrito en la esfera de su competencia. Además, puede concertar las obras necesarias para evitar un perjuicio inminente.

El límite de la administración ordinaria del inmueble es, pues, decisivo para la eficacia de los actos del Presidente cuando no ha recabado el acuerdo de la Junta. Ello no significa que fuera de ello no haya casos en los que la aplicación de otros criterios conduzca a la legitimación extraordinaria derivada de la apariencia jurídica: pero ello supondrá penetrar en el terreno resbaladizo y circunstancial de la aplicación de los principios generales a la valoración de las conductas, con la consiguiente carga de subjetivismo que ello conlleva. Por las razones aducidas, y como regla general, nos parece acertada la doctrina plasmada en las siguientes Sentencias, en las que se niega la legitimación del Presidente como órgano y, por tanto, la eficacia del acto realizado, cuando el acto autorizado o realizado por el mismo es de aquéllos que requieren el consentimiento unánime de todos los propietarios:

Sentencia de 30 de julio de 1991: «La autorización del Presidente de la Comunidad de propietarios para la instalación de una

chimenea, siendo «gratuita, personal y sin respaldo comunitario... configura una posesión en precario».

«El núcleo de la cuestión está en dilucidar si el hoy recurrente contó con la voluntad de la Comunidad de Propietarios para la instalación, puesto que la aquiescencia a ella verbalmente expresa por el Presidente es absolutamente insuficiente, por vacía e contenido comunitario, para permitir la referida instalación; por ello, dice la S. de 26 de marzo de 1990 de esta Sala que ha de ser a nivel comunitario como ha de establecerse la relación que implica alterar, con servidumbre, un elemento común del edificio poseído en comunidad, sin perjuicio de la responsabilidad que hayan podido contraer algunos propietarios, o el Presidente, con el ocupante precarista supuestamente autorizado a realizar las obras y establecer la servidumbre, y la Sentencia de 23 de julio de 1990, insistiendo en la misma tónica doctrinal dice que la aplicación del artículo 397 del Código Civil apoya la declaración de invalidez de las alteraciones de elementos comunes no consentidos por los demás y la de los artículos 16.1 y 5.4 de la Ley de Propiedad Horizontal que exigen la unanimidad para las modificaciones, no expresamente reservadas, que afecten al título de constitución», siendo inaplicables los artículos 1.091 y 1.258 del Código Civil «que se contraen a la fuerza de obligar de los contratos en cuanto a lo pactado», puesto que en el presente caso el pacto generador de la servidumbre por la instalación de la chimenea tenía que contar para su virtualidad contractual con quien únicamente tenía títulos bastantes para otorgar su consentimiento, cual es la comunidad, en manifestación de su voluntad unánime, ya que se ubicaba la servidumbre en un elemento común por naturaleza, como es el muro exterior de sustentación (art. 396 del Código Civil).

«El Presidente de la Comunidad, que conforme al artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, es quien representa a la Comunidad en juicio y fuera de él en los asuntos que la afecten por ser una representación *sui generis* de un ente como es el de la Comunidad de Propietarios de naturaleza singular, no tiene siquiera facultad vinculante respecto a ésta y con relación a terceros en los asuntos en que, por Ley o disposición estatutaria, venga obligado a obtener previamente la voluntad de sus representados, como es el caso que aquí nos ocupa afectante a un elemento común de la trascendencia de un muro exterior».

Según la Sentencia de 1 de marzo de 1984, «tratándose de obras de mejora, no requeridas para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble, o sea, de obras que exceden del concepto de gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, se precisaba para llevarlas a cabo un acuerdo válido, cabiendo así el Presidente de legitimación para contratarlas en nombre de la comunidad.

En orden a la legitimación del Presidente en nombre de la comunidad ha sido frecuente en la doctrina del Tribunal Supremo el recurso a la doctrina de los actos propios en forma de reconocimiento extraprocesal de la legitimación:

Sentencia de 23 de enero de 1991: El recurrente impugna la legitimación activa de la Comunidad para el ejercicio por parte de su Presidente de una acción civil debido a que la Junta de propietarios sólo concedió al Presidente la facultad de ejercitar acciones administrativas y penales. El Tribunal aplica la doctrina del reconocimiento extrajudicial de la legitimación: «Conforme a la doctrina sancionada por esta Sala, no le es lícito desconocer e impugnar la personalidad y legitimación a la contraparte en un litigio, cuando anteriormente se la tenía reconocida en actos jurídicos, relacionados directamente con el debate sostenido en el procedimiento judicial, como acontece en el presente caso, con el acto de conciliación celebrado entre los hoy contendientes, sin oposición en este particular, del aquí accionado y recurrente»...

La misma mención al reconocimiento extraprocesal de la legitimación se contiene en la Sentencia de 23 de septiembre de 1991.

Ello no planteará problemas cuando de ello no se deriva una suplantación de la legitimación de los comuneros en sus derechos individuales o la extralimitación de la actuación del Presidente fuera de las facultades gestoras que le encomienda la Ley Especial. Porque de otra forma no se justifica que el órgano jurisdiccional anteponga el acto propio a la correcta fijación de los términos de la litis en detrimento de las garantías de los verdaderos legitimados.

Por último, desde el punto de vista puramente formal, «el hecho de que en el encabezamiento de la demanda se diga solamente que el procurador formula la misma en nombre de la Comunidad de propietarios, sin expresar que ésta se halla representada en juicio por su Presidente, no puede, por sí solo, entrañar una falta de personalidad en dicha actora, pues el imprescindible poder para pleitos, en virtud del cual actúa dicho Procurador, aparece otorgado única y exclusivamente por el Presidente de dicha Comunidad, lo que sin género de duda está indicando que el referido ente comunitario interviene en el proceso representado por su Presidente, según preceptúa el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal» (sentencias de 15-1-1988; 17-6 y 27-9-1989 y 8 de enero de 1992).

5. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA LEGITIMACIÓN PASIVA

Los problemas derivados de la ampliación de la esfera jurídica en que la comunidad se considera legitimada se agravan cuando

el Presidente ocupa el lugar de demandado en el proceso como cabeza visible de la comunidad. En estos casos, cuando el órgano jurisdiccional no advierte la falta de legitimación derivada del carácter extracomunitario del asunto (o no admite la excepción que, de forma impropia, oponga el Presidente demandado con base en el artículo 533.4 de la LEC), no existe sólo el peligro de dictar una resolución meramente procesal, sino que se puede vulnerar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y se puede generar indefensión a los propietarios que no tuvieron oportunidad de comparecer en su propia defensa, para evitar ser condenados sin ser oídos.

El tema es importante, y no constituye una mera hipótesis de laboratorio. Un caso como el que apuntamos se plantea en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 1989 173/1989 (recurso de amparo núm. 1326/1987), en el que los recurrentes en amparo solicitaban del Tribunal Constitucional que se pronunciara acerca de la posible indefensión y denegación de la tutela judicial efectiva que, según los mismos, les había sido ocasionada con motivo de la ejecución de sus bienes privativos como resultas de la condena a la comunidad de propietarios que derivó de un juicio en el que compareció el Presidente como representante de la misma, cuando, según ellos, se trataba de un asunto extracomunitario, y la demanda debería haberse dirigido contra los condeños de forma individualizada.

El actor aduce la violación del artículo 24.1 y 2 de la Constitución. Considera, en cuanto al apartado primero, la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que la acción ejecutiva debió dirigirse contra todos y cada uno de los miembros que componen la comunidad de propietarios. Al no hacerse así se les impidió ejercitarse, de modo directo, la defensa de sus intereses, «puesto que no puede mantenerse que la representación que ostenta el Presidente, a tenor del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, lo sea con el carácter de estar legitimado pasivamente para representar en juicio todos los comuneros». Por ello entiende que la resolución de la Audiencia, al mantener lo actuado sin entrar a considerar el «perjuicio particular atribuido», ha infringido el artículo 24 de la Constitución.

También afirma el demandante de amparo que se ha menoscabado el derecho de defensa, ya que al impedirse su citación se la ha impedido conocer «de manera clara y directa» que la acción ejercitada se dirigía contra él, y de comparecer de forma individual en el acto del juicio, para oponer cuantas excepciones convinieran a su derecho, sin que pueda oponerse a lo expuesto la representación que el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal concede al Presidente de la Comunidad, «que no comprende a los comuneros que la componen».

El TC comienza resaltando la complejidad del problema que se le presenta. Y es que, «no se trata, en efecto, en su origen contractual y procesal, de una relación simple, o bien de un sencillo juicio ejecutivo en el que, sin más, se hubiera procedido a la citación de remate y subsiguiente embargo de un bien perteneciente a persona no citada ni emplazada, sin ninguna relación o vínculo de derecho material con la que lo fue en el proceso, es decir, el Presidente de la Comunidad, como representante de ésta y a cuyos miembros o copropietarios corresponden los bienes que se embargaron, por cierto no todo el edificio, sino la planta o sótano tercero destinado a garaje».

Continúa el TC haciendo referencia al problema de legalidad ordinaria subyacente al problema constitucional que, en principio, se plantea. La inexistencia de una doctrina firme en el propio Tribunal Supremo acerca de los problemas planteados por la relación Presidente —elementos comunes— elementos privativos hace especialmente delicada, en opinión del TC, una interferencia del mismo en la materia, ya de por sí propia de la jurisdicción. Esto sólo sería posible en el caso de que apareciera de modo claro, paladino, una vulneración de un derecho fundamental, porque la resolución acordada por los jueces «a quo» incidiera en ella. Ciertamente, la vulneración de los derechos constitucionales citados en el caso concreto no estaba lo suficientemente clara como para que el Tribunal Constitucional entrara de lleno en asunto tan fuertemente impregnado de consecuencias provocadas por la ambigüedad de la legalidad ordinaria. Y no lo estaba porque la deuda por la que se despachó ejecución por el juzgado estaba instrumentada en varias letras de cambio, aceptadas por la comunidad y por una sociedad de gestión en nombre de la misma, a la que habían otorgado poderes y autorización al efecto todos los copropietarios, para obligarse en su nombre en cuanto a la deuda adquirida por la comunidad de propietarios en favor de los arquitectos y aparejadores que dirigieron la obra, y que eran los ejecutantes de las letras. Esta autorización personal de cada propietario a la sociedad gestora ya diluye, en gran medida, al menos en el plano constitucional, el nudo gordiano del problema, consistente en la «nula llamada a juicio del Presidente de la Comunidad, en cuanto éste no representa ni puede obligar los bienes o partes privativas de la propiedad horizontal». Pero el problema de las garantías constitucionales que subyace en la Sentencia, dejando aparte las circunstancias concretas del caso, es lo suficientemente expresivo de la importancia que adquiere una correcta fijación del ámbito en que el Presidente puede y debe comparecer en juicio como representante de la comunidad sin entrometerse en la esfera privativa de cada uno de los propietarios.

Sin embargo, hay una segunda cuestión relacionada con la legitimación pasiva en la que el Tribunal Supremo ha tenido que

evitar, precisamente, el problema inverso: el que se ha planteado cuando aquél que contrató servicios y sufrió daños derivados del desenvolvimiento de la comunidad de propietarios en el tráfico como ente parcialmente capaz, se ha encontrado, a la hora de reclamar judicialmente la responsabilidad de la misma demandando a su Presidente, con la excepción opuesta por éste en relación a su falta de legitimación pasiva por no representar a los propietarios en un asunto concreto.

Según la Sentencia de 27 de marzo de 1989, «el Presidente está legitimado pasivamente frente a los terceros que tengan reclamaciones contra la comunidad, carente de personalidad jurídica. No cabe, pues, la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Cuando uno o varios de los comuneros, de forma individual, excepciona en tal sentido su actuación, lejos de poder beneficiar a los demás comuneros de triunfar, o no perjudicarles de fracasar, constituye un claro fraude de ley».

En la misma línea, la Sentencia de 27 de marzo de 1987 se enfrenta a un problema de protección de la seguridad del tráfico en relación a la actuación de las comunidades de propietarios cuando éstas asumen la gestión de intereses que, si bien no son comunes de forma necesaria, los propietarios han querido gestionar de forma conjunta, como es el caso del suministro de agua. Reunida en Junta, la Comunidad de propietarios, que hasta la fecha venía siendo la contratante del suministro de agua para todo el edificio, acordó no aceptar la cuantificación del gasto del agua por el contador común, exigiéndose tras tal acuerdo que la misma girase noventa y cuatro recibos, a fin de evitar que los comuneros cumplidores fuesen víctimas de los incumplientes. La empresa suministradora se negó a tal pretensión por existir apartamentos con contador fuera del funcionamiento, e incluso algunos sin él, por lo que demandó a la comunidad para obtener una resolución judicial que le permitiera interrumpir el contrato de suministro hasta que se acordara un modo de llevarlo a cabo que no perjudicara sus intereses.

En apelación, la Audiencia Territorial de Albacete absolió a la demandada. Interpuesto recurso de casación por la representación de la empresa suministradora, fue estimado por el TS, al amparo del artículo 1.692.5 de la LEC por incidir en infracción de la jurisprudencia sobre litisconsorcio pasivo necesario, así como de los artículos 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, 348, 1.254, 1.255, 1.256 y 1.257 del Cc, 24 y 120 de la CE y 372 y 1.692.4 LEC por error en la apreciación de la prueba:

«Se ha de partir de los hechos probados de que la Compañía suministra agua a toda la comunidad, con lo que tienen un enlace directo, y ésta, luego enlaces singulares con los diferentes pisos en bastantes de los cuales existe colocado un contador individual. Para la Audiencia no es posible dictar una resolución uniforme,

porque no todos los propietarios individuales dejan de pagar el servicio recibido y en su justa medida de consumo, y no se puede condenar genéricamente a todos sin ser traídos al proceso. Pero esta decisión de la Audiencia exige tener presente:

a) Que como dice la Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal, la concurrencia de una colectividad de personas en la titularidad de los derechos que, sin perjuicio de su sustancial individualización, recaen sobre fracciones de un mismo edificio y dan lugar a relaciones de interdependencia que afectan a los respectivos titulares, han hecho indispensable la creación de órganos de gestión y administración. b) Que es posible estimar al conjunto de propietarios como titulares de derechos comunes que los pueden ejercitar a través de las acciones que promueva en su nombre el Presidente, y a la recíproca, pueden ser demandados aún sin constituir personalidad jurídica, como consecuencia de ser un grupo definido de intereses comunes... exigir a la compañía suministradora, so pretexto de que no existe aprobado un régimen administrativo del servicio, que deba resolver con cada uno de los titulares de los pisos equivale a negarle la tutela judicial efectiva de sus derechos por la dificultad de designar y conocer el enorme número de demandados, próximos al centenar... Consecuencia de lo anterior es que no se acepta la necesidad de llamar a todos los propietarios y se estima que la comunidad, por su falta de acuerdo regulador de la distribución y medida del consumo y pago puede ser condenada a adoptar las medidas y acuerdos necesarios, dentro de un plazo prudente a señalar en ejecución de sentencia, y que transcurrido el mismo sin cumplir lo ordenado puede cortarse el suministro de agua a la urbanización».

La decisión jurisprudencial nos parece acertada por lo eficiente en la asignación de costes; frente a la injusticia que parezca el hecho de que los propietarios cumplientes puedan verse privados del suministro de agua por la sola razón de «compartir escalera» con los morosos, hay que tener en cuenta dos datos fundamentales:

— En primer lugar, como viene a decir la sentencia, quien asumió un régimen comunitario no puede abandonarlo en perjuicio del acreedor. La situación se le presenta igual de peligrosa que un cambio de deudor.

— En segundo lugar, según lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal todavía vigente¹¹. El crédito que corresponde a la comunidad de propietarios en razón de la contribución a los gastos generales, servicios, tributos cargas o responsabilidades, frente a cada uno de los propietarios, grava con afección real el piso y es preferente a cualquier otro. El acreedor

¹¹ La preferencia permanece en el Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios (artículo 12), ampliada a los gastos correspondientes a dos anualidades anteriores a la enajenación forzosa.

de la comunidad no goza de dicho privilegio. Esto, unido a lo anterior, justifica que el cumplimiento de los propietarios morosos se encomiende al acreedor que se encuentra en mejores condiciones de hacerlo efectivo.

Respecto a la extensión del ámbito de los asuntos comunitarios y la necesidad de litisconsorcio pasivo necesario también se pronuncia la Sentencia de 30 de noviembre de 1988: La demandante es propietaria de un local de negocio situado en un sótano del edificio en régimen de propiedad horizontal. Demanda a la comunidad para que se declare su derecho a realizar las obras en el sótano contiguo, destinado a plazas de garaje vinculadas a las viviendas de los distintos propietarios, conducentes a hacer efectivas las servidumbres de paso que gravan los pasillos de circulación y maniobra en favor del sótano adquirido por la actora, así como la indemnización de daños y perjuicio por la oposición que la Comunidad, reunida en Junta, había manifestado a tales obras. El juzgado estima la demanda. Recurrida la sentencia, la Audiencia revoca el fallo del Juzgado, absolviendo a la Comunidad demandada, por entender que el resultado de la sentencia afectaría o puede afectar a los condóminos, no ya en su cuota parte sobre los elementos comunes a que se refiere el apartado b) del artículo 3 de dicha Ley Especial, sino incluso al derecho singular y exclusivo señalado en el apartado a) del mismo precepto especial...». Por cuya consideración se rechaza la demanda en cuanto va dirigida contra la comunidad de propietarios y no contra quienes, como condóminos o aspirantes a serlo, han de ser convocados a juicio para ser oídos y poder ser vencidos en su caso, entendiendo con ello la existencia de un defecto de litisconsorcio pasivo necesario y una falta conexa de legitimación pasiva en la Comunidad demandada a la que lógica y congruentemente se absuelve. El Tribunal Supremo rechaza el recurso, confirmando la anterior sentencia, entendiendo que la comunidad está legitimada pasivamente siempre y cuando el pleito afecte de forma principal a elementos comunes, como son la rampa y los viales de acceso a los garajes.

En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad puede ser responsable, y por tanto estar legitimada pasivamente como tal cuando se produzcan daños derivados de su actuación u omisión dentro de su objeto. Un ejemplo de ello es la Sentencia de 16 de octubre de 1989, que afirma que «el daño cuya indemnización se reclamó deriva, bien de la defectuosa construcción de los desagües y canalizaciones de un inmueble sujeto a Propiedad horizontal, bien de su inadecuado mantenimiento en estado de servir para los fines a los que está destinado, la obligación de reclamar contra quien hizo la defectuosa instalación o la de responder por su defectuosa conservación corresponde a la propia Comunidad, y no a cada uno de sus propietarios singulares, cuya única

obligación es dar cuenta a quien corresponda (Presidente, Administrador) del evento a corregir o reparar, cosa que aquí se realizó sin que la Comunidad resolviese nada acerca de ello».

5 LEGITIMACIÓN INDIVIDUAL DEL COMUNERO EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

En los apartados anteriores hemos analizado la interpretación jurisprudencial del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal. La misma existencia de la figura del Presidente, así como de la estructura organizativa que se implanta en el grupo indican un cambio respecto de la regulación que en estos aspectos impera en la comunidad de bienes regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Si ello no va acompañado de una interpretación jurisprudencial acorde con las especialidades normativas, la formulación de éstas deviene inútil y vacía de contenido, o, en el mejor de los casos, reducida a una opción por la economía procesal de carácter voluntario para los titulares en régimen de propiedad horizontal.

Esto último es lo que parece haber ocurrido, según se deduce de la jurisprudencia relativa a la posibilidad de aplicación de su doctrina general de la legitimación individual del comunero aún dentro del entramado organizativo previsto por la ley reguladora de dicho régimen especial.

La doctrina de la legitimación individual del comunero en beneficio de la comunidad ha sido modelada por el Tribunal Supremo para la comunidad ordinaria centrándose en los tres puntos siguientes:

— Cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya que para ejercitarlos, ya para defenderlos, siempre que lo haga en beneficio de todos.

— La sentencia dictada en su favor aprovechará a los demás comuneros, sin que les perjudique la adversa o contraria.

— Esta doctrina no es aplicable si existe oposición previa por parte de los demás comuneros.

Dada la concreción que requiere un estudio de las características del presente, y pese a la problemática jurídica que acarrea la construcción expuesta, hemos de partir del dato objetivo del asentamiento definitivo en la doctrina del Tribunal Supremo de la legitimación del comunero en beneficio de la comunidad ordinaria, para limitarnos a señalar las peculiaridades que presenta el régimen de propiedad horizontal en relación a su admisibilidad y la forma en que el Tribunal Supremo ha llevado a cabo su extensión a dicho régimen.

Como señala la Sentencia de 28 de abril de 1966 en su considerando primero, se trata de determinar si, tratándose de una comunidad de casas por pisos, todos los miembros que componen la misma, en conjunto, o cualquiera de ellos individualmente pueden ejercitar cualquier acción de reclamación de daños que se les hubiesen irrogado en sus participaciones privativas, o incluso en los elementos comunes, cuyo uso, disfrute y aprovechamiento les corresponden en proindivisión, o si, por el contrario, dichas acciones corresponden únicamente al Presidente, entendiéndose además que la representación que lo legitima para actuar, tanto en defensa de los intereses privativos como de los elementos comunes.

Las primeras sentencias que se enfrentan con el problema establecen un criterio acorde con las especialidades del nuevo régimen establecido por la Ley de Propiedad Horizontal: «Las reglas sobre el ejercicio de acciones por los condóminos, contenidos de forma genérica en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, son inaplicables cuando el legislador estableció un régimen jurídico especial regulador de la persona que debe representar en juicio a la comunidad». Esta es la doctrina que se contiene en la Sentencia de 11 de diciembre de 1965. Ello no significa que no existan supuestos en los que no sea posible que el comunero actúe de forma individual; pero como pasaremos a analizar más adelante, en estos casos es muy diferente el fundamento jurídico que sustenta dicha legitimación.

Centrándonos ahora en los casos en los que el condómino actúa como tal, es decir, actuando los derechos de la comunidad, es necesario profundizar en el significado que adquiere la existencia de una organización que, a diferencia de la establecida para la comunidad ordinaria en los artículos 392 y siguientes, trasciende al exterior creando una especial regla de legitimación. En la Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal se establece de forma diáfana que el cargo representativo del Presidente se ha introducido en la vida jurídica del grupo para resolver los problemas de la legitimación. Cuando no existe una organización, la actividad tendente a hacer efectivo un derecho con pluralidad de sujetos puede ser causa de justificación para una injerencia en la esfera jurídica ajena, provocando una excepción al principio de la eficacia relativa de los contratos recogida en el artículo 1.257 del Código Civil. En nuestro Derecho existen varios ejemplos de este fenómeno: En la regulación de las sociedades civiles de estructura meramente interna vemos cómo las facultades de administración separada de cada uno de los socios se justifica en la presunción de un mandato tácito de los demás (artículo 1.695 del Código Civil). Y que, por el contrario, la aparición de órganos visibles al exterior, el nombramiento de un administrador, hace que el grupo deje de estar considerado como fenómeno interno,

y se produce la renuncia de las facultades de administración externas por parte de los que no han sido nombrados. Es cierto que la teoría del mandato tácito entre los socios es difícilmente trasladable a la comunidad (pese a que deriva de los orígenes de la *societas romana*): en la medida en que el mandato presupone una relación de confianza, no se puede sostener que, en la comunidad, donde la unión de personas es, la mayor parte de las veces, un hecho independiente de la voluntad de las personas, el silencio de los copropietarios equivalga a un mandato tácito. Falta el *intuitu personae* que preside la constitución de la sociedades de personas. Pero lo decisivo del razonamiento a la hora de admitir la legitimación del comunero en la esfera de facultades correspondientes a la comunidad es la falta de organización, y no el mecanismo jurídico que permita en cada caso entenderla suplida. Desde este punto de vista, y pese a que, como bien razona la Sentencia de 28 de abril de 1966, no ha lugar a establecer analogías entre la sociedad y los entes sin personalidad de forma general, no se puede obviar que la organización corporativa y la representación externa no es una característica única y determinante de las sociedades, y que el problema que se nos plantea no es de personalidad, sino de ausencia o existencia de legitimación individual. Y esta legitimación individual se niega igualmente en las sociedades de capital en relación con la *actio pro socio* de carácter externo, con base, no en la existencia de personalidad jurídica en la sociedad, sino en la estructura orgánica creada para las relaciones del ente frente a terceros.

La jurisprudencia abandonó pronto la claridad de su tesis inicial. Tras la Sentencia de 11 de diciembre de 1965, la creciente admisibilidad de la doctrina general de la legitimación individual del comunero se ha sostenido, cada vez más, sobre la aplicación indiscriminada y en bloque de fundamentos jurídicos de sentencias anteriores a supuestos de hecho dispares, cayendo en el error de aplicar sus propias máximas jurisprudenciales donde no debían ser aplicadas.

La jurisprudencia relativa a las posibilidades de actuación individual del miembro de una comunidad de propietarios a partir de 1966 puede dividirse en tres grandes grupos:

— En primer lugar, en muchas sentencias se considera legitimado al propietario, no con base en la aplicación de la doctrina de la actuación en beneficio de la comunidad, sino por entender que se trata de la actuación en nombre propio de un derecho propio, a cuya tutela puede acceder sin que los órganos de la comunidad hayan de mediatar la acción.

Según el Tribunal, en la Sentencia de 28 de abril de 1966, en virtud del carácter *sui generis* de tal tipo de institución, a la que es inútil buscarle semejanzas e identidades parciales a fin de que sea absorbida en alguno de los tipos clásicos, y atendiendo al

hecho de que no es una comunidad, siquiera se dé el hecho de que la propiedad privativa de cada propietario coexista con el condominio en proindivisión de los elementos comunes, y en base de tal yuxtaposición «se comprende que todos los que sean titulares de la misma, bien en conjunto, bien aisladamente —y aún existiendo Presidente designado— podrán ejercitar toda clase de acciones tendentes al resarcimiento de daños o a la indemnización de perjuicios que se les haya irrogado, lo mismo en relación a sus propiedades exclusivas que en referencia a los elementos comunes, ya que los daños en aquéllos o en estas le afectan a su derecho particular, que requiere la utilización de los elementos comunes...». ... Tras citar la ley búlgara de 8 de febrero de 1951, en la que cada propietario puede intervenir personalmente como parte en los procesos, y hacer referencia la legitimación individual otorgada al comunero por la jurisprudencia extranjera en caso de construcciones abusivas o irrogación de daños, justifica la misma en nuestro Derecho en el dato de que «...los poderes de gestión, representación y disposición están limitados en esta especial comunidad al ámbito de la administración y buen uso del edificio, sin interferencia en los derechos autónomos que corresponden individualmente a cada propietario». El Tribunal acaba señalando, a mayor abundamiento, que «... la analogía que la recurrente pretende ver entre la llamada propiedad horizontal y la sociedad es totalmente inexistente, porque en ésta surge un ente social distinto de los componentes, y con patrimonio diferente del particular de ellos, lo cual no sucede en esa especial comunidad que contempla el recurso». En el mismo sentido se expresan las Sentencias de 23 abril de 1970, 27 de enero de 1977, 23 de abril y 27 de noviembre de 1989 de 17 de abril de 1990 y 16 de julio de 1992.

En este grupo de sentencias no existe, en realidad, una aplicación de la doctrina de la legitimación individual del comunero en beneficio de la comunidad. Como puede observarse, ni siquiera alude a la misma ni intenta transcribir las máximas jurisprudenciales que la han delineado a lo largo del tiempo. Por el contrario, la Sentencia justifica el hecho de la legitimación el propietario para la acción de daños y perjuicios en el hecho de que «no se trata de una comunidad». En definitiva, la acción se justifica en el carácter del demandante como propietario exclusivo de sus bienes privativos, que puede resultar perjudicado si se derivan daños para los elementos comunes que, unidos indisolublemente al elemento privativo, conforman el objeto de su derecho de propiedad. Este razonamiento es acorde con la delimitación de la esfera de competencia que corresponde a la comunidad de propietarios como grupo organizado. En este sentido ya se había pronunciado la Sentencia de 27 de septiembre de 1965, que, con ocasión de juzgar la procedencia de una acción interdictal de obra nueva contra un propietario cuyas obras afectan no sólo a partes comunes

del edificio, sino también y directamente a las partes de propiedad exclusiva de los demandantes, la considera admisible, considerando que los actores ejercitan un derecho propio y lo verifican también en nombre propio, en cuanto los pisos les pertenecen exclusivamente y, por otra parte, respecto a los elementos comunes, los demandantes alegan que van a ser afectados, pero no se atribuyen representación alguna de la comunidad, por lo que no se les puede oponer la falta de legitimación.

Así lo han entendido los redactores del Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, cuyo artículo 34.1 permite al propietario demandar a la sociedad de servicios contratada por la comunidad por los daños y perjuicios ocasionados tanto en los propios intereses como en los comunes.

La legitimación individual del comunero en régimen de Propiedad Horizontal se ha impuesto incluso a nivel registral:

Según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de enero de 1990, debe rechazarse la innovación del Registrador de la falta de legitimación activa del particular recurrente por entender que en las cuestiones comunitarias el legitimado para recurrir lo es el Presidente de la Comunidad. Los amplios términos con que se delimita legalmente la legitimación para interponer recurso gubernativo permiten entender que cada uno de los propietarios goza de esta legitimación. Por una parte, las cláusulas cuya registración se pretende, en especial la cuarta, no se producen globalmente a favor de la Comunidad, sino en beneficio individual de cada uno de los propietarios de los apartamentos interesados. Pero, además, y según reiterada jurisprudencia, la legitimación que la Ley concede al Presidente no es obstáculo para considerar también que cada condeño está legitimado para la defensa de los elementos comunes.

El segundo grupo de Sentencias está constituido por aquellas que aluden a la aplicación de la doctrina general de la legitimación individual del comunero en materia de propiedad horizontal de forma puramente mecánica, sin intentar siquiera justificar la exclusión de la actuación orgánica en el asunto de que se trate, o de aclarar, como hacían la anteriores, que no se trata de una actuación que se legitima en base a la cualidad de propietario exclusivo.

La Sentencia 3 de febrero de 1983 declara incondicionalmente, y sin referencia alguna a la esfera de los derechos autónomos de los propietarios, la aplicación de la teoría general de la legitimación individual del comunero a la propiedad horizontal.

«Es aplicable a la propiedad horizontal la doctrina legal que afirma que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitálos, bien para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada en su favor aprovechará a sus compañeros sin que le per-

judique la adversa o contraria, y no es obstáculo para ello que el artículo 12 de la ley especial confiera al Presidente de la Comunidad la representación de ésta en juicio.»

En el mismo sentido se expresa la Sentencia de 6 de noviembre de 1992.

La Sentencia de 13 de marzo de 1989 estima la legitimación activa del comunero para ejercitar la acción reivindicatoria de elementos comunes indebidamente ocupados por un tercero, impiadiendo su destino funcional, actuación ésta que aprovechará a todos los condóminos. La sentencia apunta que, al no haberse configurado en la ley la propiedad horizontal como una persona jurídica (vemos, una vez más, cómo se confunde el aspecto objetivo o real con el subjetivo, o personal de la institución), sino tratarse, por el contrario, de actos de conjunto, no hay razón para negar la actuación a cada comunero, siguiendo así la doctrina consolidada en materia de comunidad. Entendemos que la solución es, con ciertas matizaciones, correcta, pero la argumentación ha de ser muy otra. Si uno de los miembros de la comunidad de propietarios en el régimen de propiedad horizontal puede reivindicar el bien común no es porque la comunidad de propietarios carezca de personalidad jurídica, sino porque los derechos dominicales, aun los que recaen sobre elementos comunes, no pueden verse menoscabados por la existencia de un ámbito de gestión que corresponde a los órganos de régimen de propiedad horizontal. El razonamiento ha de ser el siguiente: si la figura del Presidente ha sido impuesta por la Ley para evitar los problemas de legitimación, habría que instaurar la necesidad de que el órgano jurisdiccional controlase de oficio que esta legitimación se actúe sólo de forma subsidiaria, es decir, cuando la acción no vaya encaminada a la tutela judicial del comunero en su derecho privativo, sino que se trate de defender el interés que se deriva de su pertenencia a la comunidad, la acción del propietario sólo debería admitirse cuando se acredite de alguna manera la oposición o pasividad de los órganos encargados de la legitimación conjunta.

El requisito de la subsidiariedad ha sido exigido por la Jurisprudencia en numerosas sentencias:

La Sentencia de 31 de mayo de 1971 admite la legitimación activa del comunero para ejercitar la acción confesoria de luces y vistas, pero introduce una variante de vital importancia para delimitar los supuestos en que esta actuación es posible pese a la existencia de órganos encargados de actuar al exterior las reclamaciones pertenecientes al ente, acogiendo en este punto la casación de la sentencia de instancia:

«El hecho de que el artículo 12 de la Ley mencionada confiera al Presidente de la Comunidad la representación de ésta en juicio no es impeditorio de que cada propietario pueda ejercitar las acciones pertinentes para defender, en caso de pasividad e incluso

de oposición del Presidente y del resto de los partícipes, el interés, que ha de estar jurídicamente protegido, en su participación individual en los elementos comunes» «es lógico que sea así, ya que el disfrute, de lo que le es privativo requiere necesariamente la utilización de los elementos comunes, y si no se concediera acción a cada conduceño para impugnar los actos realizados por uno de ellos sin la previa obtención de ese consentimiento unánime, se convertiría en ilusorio el derecho obstativo que, a cada uno, concede la mencionada norma».

La Sentencia de 28 de mayo de 1986 aplica la legitimación individual del comunero ante la actitud tolerante o pasiva de los órganos de la comunidad en relación con la actitud dañosa realizada por terceros.

Sentencia de 2 de octubre de 1992: «Esta Sala también ha reiterado (Ss, entre otras, de 3-2-83, 23-11-84, 12-2-86, 7-12-87, y 9-2-87) que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a la comunidad para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada aprovechará a todos los cotitulares, defensa que puede producirse por propia decisión de los comuneros para suplir la desidia del Presidente o de los demás comuneros, o incluso cuando éstos sean contrarios al litigio... si la decisión que se dicte exigiere alguna colaboración individual, será entonces el momento de tener que aplicar y tener en cuenta los límites de la cosa juzgada».

En nuestra opinión, esta legitimación individual subsidiaria sólo puede actuarse como tal, en beneficio propio, cuando se trate de clarificar situaciones jurídicas preexistentes. Es el caso de acciones reivindicatorias, confesorias, interdictales, y todas aquellas en las que la voluntad del sujeto que actúa la tutela no pueda optar entre varias soluciones dentro de la misma. El problema ha de resolverse de forma diferente cuando se trate de actuar derechos potestativos, por ejemplo, elegir entre la resolución de un contrato o su cumplimiento. En estos casos, la legitimación es siempre plurisubjetiva, requisito que se cumple cuando actúa el Presidente en nombre de la comunidad, porque la solución puede adoptar diversas variantes, todas justas, aunque no igualmente ajustadas a los intereses de la comunidad en cada momento concreto: lo correcto sería obtener la condena frente a la comunidad para que actúen sus mecanismos orgánicos tendentes a obtener una solución en un plazo concreto, pasado el cual se impondrá de oficio la solución que se estime conveniente.

Hasta ahora hemos podido comprobar que los casos en que el Tribunal Supremo recurre a la doctrina de la legitimación individual del comunero:

— o no son tales, porque se trata de acciones propias en beneficio propio,

— o se exige, en acciones tendentes a hacer efectivo un derecho de la comunidad, el requisito de la pasividad u oposición de los órganos de la comunidad encargados de hacer valer el derecho.

Esta última exigencia aporta razones suficientes para concluir que, pese a lo que se indica en los razonamientos jurídicos de las sentencias reseñadas, no nos hallamos ante casos de legitimación individual del comunero en beneficio de la comunidad. Según la doctrina general, dicha legitimación queda vacía de contenido si existe oposición previa a la actuación que el comunero intenta llevar a cabo por parte de los demás componentes de la comunidad. Sin embargo, como hemos tenido ocasión de comprobar, es precisamente dicha oposición lo que permite actuar al comunero al margen de la estructura orgánica que preside el régimen de propiedad horizontal: en la esfera de los derechos colectivos, el individuo ha de subordinarse a la actuación del grupo. Pero cuando la estructura prevista por la Ley no funciona, los derechos del individuo derivados de su pertenencia a la comunidad han de encontrar una vía para la tutela judicial. La actuación del partícipe en estos casos podría considerarse englobada dentro del fenómeno más amplio de la sustitución, como aquel mecanismo jurídico que permite actuar derechos ajenos (o al menos, en este caso, para cuyo ejercicio está facultada la comunidad por medio de sus órganos) en beneficio propio.

De las sentencias reseñadas, sólo un par de ellas (3 de febrero de 1983 y 6 de noviembre de 1992) transcriben literalmente la doctrina general de la legitimación individual. Y se da la paradoja de que en el primer caso se trataba de dar por buena la actuación del Presidente como condómino ante las excepciones que oponía la contraparte a la legitimación del mismo órgano, práctica jurisprudencial sobre la que volveremos más adelante, y en el segundo caso se trataba de acciones individuales en derecho propio y sin efectos para los demás, por lo que la reiteración de la citada doctrina no tiene ninguna justificación.

Por ello no nos parece acertada la doctrina jurisprudencia que, a base de adoptar máximas jurisprudenciales sin ahondar en las circunstancias del caso, exige que la legitimación del comunero cumpla, no con los requisitos propios del régimen de propiedad horizontal, tales como la pasividad u oposición de los órganos encargados de actuar la legitimación colectiva, sino con los que rigen en la comunidad ordinaria. Así, la jurisprudencia ha exigido que la acción se interponga «en beneficio de la comunidad».

Según las Sentencias de 5 de febrero y 31 de mayo de 1975, «igual facultad que el Presidente en relación a la defensa de elementos comunes puede asistir al comunero siempre que lo hagan en beneficio de los restantes copartícipes». ¿Qué es lo que se

quiere dar a entender cuando se habla de la acción «en beneficio de la comunidad o de los restantes copropietarios?

Dos interpretaciones son posibles: La primera puede referirse al beneficio como ventaja, solución que descartamos porque no puede considerarse que se halle comprendido dentro de las facultades del Juez decidir si el resultado de la Sentencia va a ser beneficioso o perjudicial, no sólo porque esto no se sabe (o no se debe saber) hasta el final, sino por el significado mismo que adquiera el término ventaja. La segunda se dirige a entender que la jurisprudencia exige que la actuación del comunero sea representativa, es decir, que no actúe movido por un interés propio, sino actuando, y expresándolo así en la demanda, en interés de la comunidad. Y ello se compadece mal con el significado de la acción individual del comunero en la propiedad horizontal: actuar un derecho exclusivamente propio, aunque al actuarlo beneficie a otras personas, o suplir la desidia u oposición abusiva de los órganos de la comunidad en orden a clarificar una situación preexistente que movido asimismo por el interés como propietario en la clarificación de tal situación.

Que la actuación del propietario sea representativa, o sea, en interés propio (aunque concorra con el de otras personas) tiene una importancia vital en orden, por ejemplo, al reembolso de gastos.

— *Especial referencia a la jurisprudencia relativa a la legitimación del Presidente basada en su condición de condeño.*

El tercer grupo de sentencias lo constituyen aquéllas que, ante la excepción del demandado impugnando la legitimación activa del demandante como Presidente de la Comunidad, consideran que la legitimación es correcta, porque el mismo, si no como Presidente, siempre estaría legitimado como condómino.

Con esta doctrina culmina la tendencia a la contradicción que parece haberse establecido de forma permanente en esta materia. Si el primer paso fue otorgar legitimación al Presidente en asuntos extracomunitarios, presumiéndola aun cuando se trate de la defensa de elementos privativos, el segundo paso, más peligroso, es afirmarla, en esos mismos asuntos, porque es un comunero.

De una parte, están aquellas Sentencias que, al enfrentarse con la alegación del demandado de que falta el acuerdo de la Junta autorizando al Presidente para litigar en el caso concreto, no son capaces de hacer derivar del carácter de órgano del Presidente la legitimación para actuar en esos casos concretos.

Un ejemplo de ello es la Sentencia de 10 de junio de 1981:

El recurrente alega que el actor compareció como Presidente de la Comunidad de propietarios, y la Sala de instancia lo tuvo por legitimado como condómino, al no acreditar aquél documen-

talmente la decisión o acuerdo de la Junta de propietarios, alterándose con ello la cuestión debatida, que debía centrarse en la existencia o falta de legitimación, precisamente a consecuencia de la acreditación de dicho consentimiento. El TS desestima el motivo de casación:

«Lo decisivo para la situación jurídica del actor, legitimadora en este caso para la causa o fondo, y para el proceso, es el interés, la atribución del derecho material, y cuando una persona ostenta, o puede ostentar ese interés, sea cual sea su vertiente jurídica, o mejor el amparo jurídico que lo sustenta —bien en condiciones de condómino, bien de simple copropietario— el juez puede apreciar o aplicar la norma o vestidura jurídica que estime existente y posibilitadora de la pretensión procesal, porque al hacerlo así no altera el hecho o *causa petendi*, «relación dominical con la cosa; exigencia al condómino demandado para contribuir a los gastos y al mantenimiento de aquélla), y ese respeto, que es el básico, le impide incidir en incongruencia, justamente por atenerse al principio de *iura novit curia*, o potestad judicial de elección de la norma.

Es cierto que, conforme a la teoría concepción abstracta de la acción procesal que parece dominar en la doctrina y en la jurisprudencia, la elección de la norma por parte del juez en lo que se refiere al fundamento de la legitimación no suponga de por sí una variación en la *causa petendi*. Pero no deja de parecer extraño que, demandando la parte en nombre de otros, actuando una representación procesal, se le tenga por demandante en nombre propio, aunque actúe derechos ajenos, conforme a nuestra interpretación de la legitimación individual del comunero. Porque, fuera de la acción que se ejercita en el caso de autos, que no parece presentar mayores problemas, es posible que el Presidente, si bien está obligado a actuar la representación de la comunidad en juicio, no esté dispuesto a cargar individualmente con las consecuencias del proceso. Y ello independientemente de que tenga derecho al reembolso de los gastos procesales. Porque... ¿Qué ocurriría si la sentencia es desfavorable? Según el Tribunal Supremo, estando el Presidente legitimado como condómino, no se podría obligar a la comunidad a satisfacer a éste los gastos derivados del proceso, por ser la sentencia desfavorable.

La Ss de 28 de octubre de 1991 confunde, una vez más, la legitimación del Presidente, que es representativa, con la del comunero, teniendo a aquél por legitimado, «en todo caso», por el hecho de ser comunero, salvando así el problema teórico de la existencia y representación del Presidente en una Comunidad cuya constitución adoleció de vicios formales.

En el mismo sentido: Sentencia de 23 de mayo de 1989.

De otra parte, existen sentencias verdaderamente ilógicas, porque para solucionar el problema de la legitimación del Presidente

en elementos privativos pertenecientes de forma exclusiva a cada condeño, se argumenta con la legitimación individual del comunero en beneficio de la comunidad.

Sentencia de 22 de abril de 1981 (defectos de construcción que afectan a elementos privativos. Legitimación del Presidente como condeño): «Siendo el Presidente propietario de uno de los pisos era copropietario de los elementos comunes, y cualquier copropietario puede ejercitar las acciones pertinentes en beneficio de la comunidad». En igual sentido se expresan las Sentencias de 25 de noviembre de 1983 y 28 de marzo de 1985.

No parece correcto entender que si un comunero está legitimado por los daños que se ocasionan o los desperfectos que aparecen en su piso privativo, dicha legitimación se actúe en beneficio de la comunidad. Si se quería legitimar al Presidente para reclamar la totalidad de vicios constructivos aparecidos en los diferentes elementos comunes y privativos del edificio podría haberse argumentado con base en que los defectos se hallaban en la estructura total del edificio, lo que afectaba de forma refleja a los elementos privativos.

La aplicación más irrazonable de la doctrina general de la legitimación del comunero en beneficio de la comunidad se encuentra en las Sentencias en que ésta se predica del Presidente, para justificar su injerencia en los vicios que afectan a elemento privativos, con independencia de que ostente la titularidad exclusiva de alguna de las viviendas afectadas.

¿Se puede mantener la corrección del argumento de la sentencia después de analizar en el apartado anterior el distinto fundamento y las distintas consecuencias a que da lugar una y otra legitimación desde nuestro punto de vista? Creemos que no.

Es el caso de la Sentencia de 23 de septiembre de 1991, relativa a la legitimación activa para demandar a la constructora por los defectos aparecidos en determinadas viviendas privativas sitas en una urbanización privada, a cuyo tenor:

«Aun cuando se entendiera que la Comunidad de la Urbanización no se halla sometida al régimen de la Propiedad Horizontal, los miembros de la misma siempre se integrarían en una comunidad de propietarios regida por las normas del Código Civil relativas a la comunidad de bienes (artículos 392 y ss. del Código Civil), en cuyo supuesto cualquiera de los condeños (y el Presidente es uno de ellos) estaría legitimado procesalmente para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, como tiene declarado esta Sala en reiterada doctrina, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada».

Por último, no ha faltado alguna decisión jurisprudencial que ha apoyado incluso que la razón de fondo que permite que el Presidente, previa autorización de la Junta, actúe en nombre de la comunidad no es otra que la idea de que, tratándose de una co-

munidad, cualquiera de los comuneros puede actuar en beneficio de la misma, cuando, precisamente, el razonamiento ha de ser el inverso: si se admite en algún caso la legitimación individual del comunero en materia de propiedad horizontal es por la paralización de los mecanismos representativos que la Ley establece.

Sentencia 9 de julio de 1986: Legitimación del Presidente porque «el artículo 12 de la LPH le concede la representación de la Comunidad en los supuestos en que los propietarios acuerden en Junta que el Presidente ejerza las acciones que a los mismos les competan, ya que éste es, a la vez, propietario de un piso y copropietario de los elementos comunes, y cualquier propietario puede ejercitar las acciones pertinentes en beneficio de la Comunidad».

MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO
Ayudante de Derecho Civil en la Universidad
de Castilla-La Mancha

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

LA CASACIÓN CIVIL ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (AÑOS 1991-1992)

JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY
MARÍA EULALIA AMAT LLARÍ

Profesores Titulares de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

1. EL DERECHO CIVIL CATALÁN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Durante los años 1991 y 1992 el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha dictado treinta y dos sentencias que resuelven los recursos de casación en materia de derecho civil catalán, de las cuales quince corresponden al año 1991 y diecisiete al año 1992. De las mencionadas resoluciones, veintiuna de estas sentencias desestiman el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la correspondiente Audiencia Provincial, mientras que once estiman el recurso de casación. Tres de estas sentencias estiman íntegramente el recurso de casación y las ocho restantes parcialmente.

La reseña de las siguientes sentencias se centra, fundamentalmente, en el análisis de las cuestiones de derecho civil catalán que se contemplan en las sentencias de casación dictadas. Las citadas sentencias se agrupan en los cinco bloques siguientes: derecho de la persona, familia, sucesiones, derechos reales y obligaciones y contratos.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE LA PERSONA

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha tenido ocasión de resolver en los años 1991-1992 un único recurso de casación que versaba sobre derecho de la persona.

I. Sentencia de 10 de febrero de 1992.—Don Modesto S. S. contra Tenis Club B.: Nulidad y anulabilidad de los acuerdos tomados por la asam-

blea general de una asociación. Caducidad de la acción para impugnar los acuerdos anulables. Necesidad de fundamentar los motivos de casación alegados. Error de hecho en la apreciación de la prueba.

Don Modesto S. S., socio del Tenis Club B., interpuso demanda contra esta entidad, en la que solicitaba que se declarase la nulidad del acuerdo tomado por la misma respecto a la proclamación de la junta directiva. La nulidad del acuerdo se basaba, a juicio del demandante, en el hecho de que las elecciones a junta directiva han de ser convocadas, de acuerdo con las disposiciones estatutarias, por la asamblea general extraordinaria y no, como aconteció en el caso presente, por la junta directiva. El JPI dictó sentencia de 13 de diciembre de 1989 en la que se estimaba la demanda.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó, en sentencia de 5 de septiembre de 1991, el recurso y revocó la de primera instancia por considerar que el ejercicio de la acción era extemporáneo, por cuanto habían transcurrido en exceso los cuarenta días que el Reglamento de régimen interior del Tenis Club B. prevenía para el ejercicio de la citada acción.

El demandante formuló recurso de casación ante el TSJC. El primero de los motivos, en el que se alega error en la apreciación de la prueba, resulta desestimado por el Tribunal, puesto que no existe documento obrante en autos en que fundamentar la citada infracción (FD 2.º).

El segundo de los motivos casacionales aduce infracción del art. 6.3 del Código civil y del art. 12 del Decreto de 20 de mayo de 1965, en relación con el art. 6.6 de la Ley de Asociaciones. El TSJC (FD 3.º) afirma que el rechazo del presente motivo se debe a que las infracciones cometidas son infracciones de normas reglamentarias o de preceptos estatutarios, lo que determina su anulabilidad y no nulidad. No obstante, transcurrido el plazo para ejercitar la acción de impugnación, ésta ha caducado.

El tercer motivo de casación, que denuncia infracción de la Ley estatal de 31 de mayo de 1981 y de la Ley catalana del deporte (Ley 8/1988, de 7 de abril), resulta rechazado porque el recurrente no invoca cuáles son los preceptos infringidos ni fundamenta este motivo de casación.

Por consiguiente, el TSJC desestima íntegramente el recurso de casación.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE FAMILIA

Por lo que respecta al derecho de familia, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha enfrentado con la siguiente problemática:

I. Sentencia de 18 de febrero de 1991.—Doña Antonia M. D., don José Ramón D. F. y Roser D. M. contra don Juan V. R.: Derecho transitorio en cuestiones de filiación sujetas al derecho civil de Cataluña. Legitimación

activa del padre no matrimonial para reclamar su paternidad. Impugnación de la filiación matrimonial. Acción de reclamación y de impugnación de la filiación contradictoria. Posesión de estado. Negativa a la práctica de pruebas biológicas y su valoración. Tradición jurídica catalana. El Código civil como supletorio del derecho civil catalán en materia de filiación. Recurso de casación: naturaleza jurídica. Prueba testifical. Prueba de presunciones.

Don Juan V. R. interpuso demanda contra doña Antonia M. D., don José Ramón D. F. y Roser D. M. en la que solicitaba en primer lugar que se dejara sin efecto el reconocimiento de paternidad efectuado por don José Ramón D. F.; en segundo lugar, que se declare que don Juan V. R. es el padre extramatrimonial de Roser D. M.; en tercer lugar, que se practiquen las rectificaciones oportunas en el Registro Civil, y que, de acuerdo con los artículos 154 y ss. del Código civil, se atribuya la patria potestad a Don Juan V. R. y a doña Antonia M. D. y se establezca el régimen de guarda y custodia, así como el régimen de visitas, comunicaciones y estancia con el otro progenitor.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, con fecha de 9 de mayo de 1989, en la que desestimaba la demanda formulada.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha de 30 de junio de 1990, revocatoria de la de primera instancia, en la que declaró que don Juan V. R. es el padre extramatrimonial de Roser D. M., el reconocimiento otorgado por don José Ramón D. es nulo y que se lleve a efecto la rectificación registral oportuna. Con fecha de 9 de julio de 1990, la Audiencia aclaró la sentencia dictada, haciendo constar la desestimación del cuarto pedimento de la demanda del actor.

Los demandados interpusieron recurso de casación. El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya consideró que, dado que el reconocimiento se efectuó el 23 de marzo de 1984, la normativa a aplicar es la que se deriva de la Compilación de Derecho civil (especial) de Cataluña de 21 de julio de 1960.

Los tres primeros motivos del recurso se dirigen a atacar la falta de legitimación activa de don Juan V. R., según lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Compilación, para ejercitarse la acción de reclamación de paternidad. El Tribunal Superior entiende que el supuesto en que sea el padre el que ejerza una acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial no se encuentra regulado en la legislación catalana, aunque la tradición jurídica catalana en cuanto criterio interpretativo e integrativo, ex art. 1.2 CDC, propicia la adecuación entre paternidad biológica y jurídica. Por consiguiente, se hace necesario el recurso al derecho supletorio (D.F.2.^a CDC), y, en ese sentido, el Código civil admite la legitimación del progenitor. Afirma el TSJC (FD 4.^º) que el artículo 134 del Código, en relación con el 131 del mismo texto legal, tal y como ha sido interpretado por la juris-

prudencia del Tribunal Supremo, permite que el progenitor ejercite una acción de reclamación de paternidad no matrimonial, a la vez que impugna la filiación contradictoria establecida.

Asimismo desestima el TSJC los motivos que, aducidos por parte de los recurrentes, sostenían que, al ser la filiación que se reclama matrimonial, se trata de una hipótesis prohibida por el artículo 5 de la Compilación. Opina el TSJC (FD 3.º) que la hipótesis señalada no la regula el artículo 5 de la Compilación de 1960, mas eso no significa su prohibición, estando legitimado el progenitor para el ejercicio de la acción en virtud del recurso al derecho supletorio.

En cuanto a los motivos que atacan la valoración de la prueba practicada, dictamina el TSJC (FD 5.º) que la negativa del demandado a someterse a la práctica de la prueba biológica no resulta apreciada como *ficta confessio*, sino únicamente como un indicio probatorio. Respecto a los motivos que aducen la infracción de los artículos del Código civil que regulan la prueba de confesión y testifical, así como la valoración de la pericial practicada, el TSJC (FD 5.º) los desestima por entender que es cuestión de la instancia el análisis y valoración de la prueba, sin que pueda procederse en el recurso de casación, a menos que se convierta éste en una tercera instancia, a una revisión estimativa de los hechos declarados probados.

II. Sentencia de 22 de julio de 1991.—Don Jordi B. i M. contra doña Marta T. A.: Derecho transitorio en cuestiones de filiación sujetas al derecho civil de Cataluña. Legitimación activa del padre no matrimonial para reclamar su paternidad. Negativa a la práctica de pruebas biológicas y su valoración. El Código civil como supletorio del derecho civil catalán en materia de filiación. Posesión de estado. Tradición jurídica catalana.

Don Jordi B. i M. interpuso demanda contra doña Marta T. A., madre de la menor de edad Julia T. A., por la que ejercitaba acción de reclamación de paternidad extramatrimonial, solicitaba los apellidos de B. i T. para la menor y la titularidad compartida de la patria potestad entre actor y demandada.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 11 de Barcelona, de 22 de febrero de 1990, desestima la demanda al considerar que el actor no está legitimado para interponer la acción ejercitada.

Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, la sección cuarta de la misma dictó el 11 de diciembre de 1990 sentencia confirmatoria de la de primera instancia.

Contra la citada sentencia interpuso el Ministerio Fiscal y don Jordi B. i M. el recurso de casación. Los motivos de casación son dos. En el primero, al amparo del ordinal quinto del artículo 1.692 de la LEC (con anterioridad a la reforma operada por Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal) el recurrente sustenta que la falta de legitimación amparada en el anterior artículo 4 de la Compilación (hoy derogado por la

ley de filiaciones de 27 de abril de 1991) infringe el artículo 1.2 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña. En el segundo, formulado también con base en el mismo ordinal del artículo 1.692 LEC, entiende infringido el artículo 1.2 de la Compilación, por inaplicación de la tradición jurídica catalana.

El Ministerio Fiscal formula también recurso de casación que fundamenta en cuatro motivos. El primero, por aplicación indebida del artículo 4.2 de la Compilación, al ser reconocido históricamente en Cataluña el principio de libre investigación de la paternidad, así como en el art. 32.2 de la CE. El segundo se basa en la infracción por inaplicación de las normas que como derecho supletorio, en sede de filiación, prevén los artículos 122, 127, 131 y 135 del Código civil. El tercer y cuarto motivo consideran que medió equivocación del juzgador de instancia en la apreciación de la prueba documental con infracción de los artículos 1.216, 1.218 y 1.248 Cc., y en la vulneración de la doctrina jurisprudencial respecto de la negativa de la demandada a la práctica de la prueba pericial biológica.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera, en primer lugar, que tanto la tradición jurídica catalana como la Ley de filiaciones de 27 de abril de 1991, cuyo artículo 11.3, en virtud del cual se concede legitimación al padre y a la madre para cualquier acción de reclamación de paternidad o maternidad matrimonial, en nombre e interés propio, en aquellos casos en que su reconocimiento no hubiese sido eficaz por defecto de consentimiento del hijo o de la aprobación judicial, resulta aplicable por mor de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 1.^a y 3.^a de la citada Ley, conceden legitimación a don Jordi B. i M. para la interposición de la acción de reclamación y, por consiguiente, aprecian los motivos de casación del recurrente y del Ministerio Fiscal interpuestos en el citado sentido.

En segundo lugar, se estiman los restantes motivos de casación, al constatar que el Juzgador de instancia no valoró las pruebas aportadas, teniendo en cuenta el carácter primordial que ha de concederse a la prueba documental cuando la testifical contradictoria no merece aplicación. Del análisis de la prueba, deduce el Tribunal que el recurrente (don Jordi B. i M.) es el padre extramatrimonial por naturaleza de la menor Julia T. A. y, por ende, concurren todos los requisitos que previene el artículo 135 del Código civil, en orden a la determinación de la existencia real de la relación paterno-filial entre el actor don Jordi B. i M. y la menor Julia T. A.

Con la estimación del recurso de casación y la revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decide: primero, que don Jordi B. i M. es padre extramatrimonial por naturaleza de la menor Julia T. A.; segundo, que se practique en el Registro Civil de Barcelona la rectificación de los apellidos de la menor y, tercero, que, en fase de ejecución de sentencia, se fije por el Juzgado de Primera Instancia, con audiencia de los progenitores de la menor y del Ministerio Fiscal, el régimen de visitas a favor del padre.

III. Sentencia de 6 de julio de 1992.—Doña Ana María y don Omar P. B. contra don José G. R.: Derecho transitorio en cuestiones de filiación sujetas al derecho civil de Cataluña. Principios que informan la legislación catalana sobre filiación. Legitimación activa del padre no matrimonial para reclamar su paternidad. Negativa a la práctica de pruebas biológicas y su valoración. Tradición jurídica catalana. Prueba de presunciones. *Ficta confessio*.

Don José G. R. interpuso demanda contra doña Ana María y don Omar P. B., en la que solicitaba, en primer lugar, que se declarase que don José G. R. es el padre del menor Omar P. B.; en segundo lugar, que se procediera a la rectificación registral y, por último, a la adopción de medidas provisionales y régimen de visitas.

El JPI dictó sentencia, con fecha de 16 de abril de 1991, en la que desestimaba la demanda formulada.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia de 28 de noviembre de 1991, en la que estimó el recurso de apelación, revocó la resolución de instancia y declaró que don José G. R. es el padre extramatrimonial del menor Omar P. B., que ha de procederse a la rectificación registral y a la fijación, en ejecución de sentencia, del régimen de visitas con audiencia de ambos progenitores y del Ministerio Fiscal.

La parte demandada interpuso recurso de casación basado en tres motivos: infracción de la prueba de presunciones, al amparo del 1.692.4 y 5 de la LEC, infracción de la jurisprudencia aplicable en relación con la falta de realización de las pruebas biológicas, e infracción de las normas del ordenamiento jurídico civil de Cataluña por violación del artículo 11 y DT 1.^a y 3.^a de la Ley 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones, que deroga los artículos 4 y 5 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña.

En la fecha en que recayó la sentencia de primera instancia todavía se hallaban vigentes los artículos 4 y 5 de la CDC. Sin embargo, tras exponer el TSJC las razones (ya aducidas en las sentencias anteriores reseñadas) en pos de la legitimación del padre para el ejercicio de la acción de reclamación, entra a examinar si el artículo 11.3 de la Ley de filiaciones, en el que se reconoce la legitimación del padre y de la madre para el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad o maternidad no matrimonial, es aplicable retroactivamente, de acuerdo con lo dispuesto en las DT 1.^a y 3.^a de la citada Ley. Tras señalar que la sentencia de la Audiencia admite la legitimación del progenitor de acuerdo con la doctrina de esta Sala y añade a ello la aplicación retroactiva del artículo 11.3, estima el TSJC que en esta hipótesis el artículo 11.3 no es de aplicación, puesto que la legitimación procesal activa viene referida al momento de presentación de la demanda y ésta no puede ser alterada en virtud del principio de *perpetuatio legitimationis*.

El primero de los motivos, que aduce infracción de la prueba de presunciones, es desestimado por cuanto no se desprende que la inferencia sea absurda, ilógica o inverosímil (FD 5.º).

El segundo de los motivos, en el que se alega infracción de la jurisprudencia, considera que a la negativa de la recurrente para someterse a las pruebas biológicas se le ha otorgado valor de *ficta confessio*. El TSJC desestima este motivo por entender que no se le da valor de *ficta confessio*, sino tan sólo indicario, con lo que la sentencia de instancia se adecua perfectamente a la doctrina jurisprudencial.

Por consiguiente, rechazados todos los motivos de casación, el TSJC desestima el recurso de casación.

IV. Sentencia de 16 de julio de 1992.—Doña Carmen R. M. contra don Ramón R. S.: Donaciones entre cónyuges: régimen jurídico. Derecho transitorio en materia de donaciones entre cónyuges. Revocación de las donaciones entre cónyuges: plazo para el ejercicio de la acción de revocación. Bienes puestos a nombre de la esposa. Simulación. Donación disimulada en forma de compraventa. Litisconsorcio pasivo necesario. Intervención adhesiva en el proceso. Error de hecho en la apreciación de la prueba.

Los hechos que motivaron el presente recurso de casación son los siguientes: Don Ramón R. S. y doña Carmen R. M. contrajeron matrimonio el 2 de enero de 1955, siendo su régimen económico-matrimonial el de separación de bienes. El 14 de noviembre de 1973 los citados cónyuges compraron por mitad y proindiviso un piso. En la escritura de compraventa los vendedores declaran recibido el precio de los compradores por partes iguales. En 1987 el JPI dicta sentencia de separación de los citados cónyuges.

En 1988, doña Carmen promueve demanda de juicio declarativo con el fin de poner término a la indivisión, solicitando que se proceda a la venta en pública subasta del piso y al reparto en partes iguales entre los cónyuges del precio obtenido. El marido formuló reconvención basada en el hecho de que el piso había sido adquirido como consecuencia de la permuta de un solar, que, junto con sus hermanos, había adquirido de su padre, en favor del constructor y a cambio de los pisos a construir. Añadía también que la compraventa del piso no hacía más que enmascarar la citada permuta y que no constaba la procedencia privativa de la cantidad pagada por la esposa, lo que hacía suponer la donación por parte del marido, siendo de aplicación el primitivo art. 20 de la Compilación que prevenía la nulidad de la citada donación.

El JPI, con fecha de 25 de julio de 1990, dictó sentencia en la que estimaba la demanda y desestimaba la reconvención.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en la que revocabla la de primera instancia (sentencia de 16

de septiembre de 1991) y declaraba que el piso era de propiedad privativa de don Ramón R. S.

La parte demandante formalizó recurso de casación ante el TSJC.

El primer motivo casacional se fundamenta en un pretendido error en la apreciación de la prueba, al considerar el recurrente que yerra la Audiencia en su criterio de reputar simulada la compraventa sobre la base de la falta de recursos económicos del recurrente. El motivo es desestimado, en primer término, porque la simulación es una cuestión de hecho, no revisable en casación (FD 3.^º) y, en segundo término, puesto que la valoración errónea del documento de compraventa, al margen de que es precisamente sobre dicho documento donde descansa la fundamentación jurídica de la Audiencia, se impugna por la vía del art. 1.692.4, siendo el oportuno el ordinal quinto del citado artículo.

El segundo de los motivos aduce infracción del ordenamiento jurídico por inaplicación del art. 156 de la LEC y de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario. El motivo se desestima no sólo porque debería denunciarse por el ordinal 3.^º del art. 1.692 y no por el 5.^º (cfr. los actuales motivos de casación en la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de la reforma procesal), sino también porque, al radicar la finalidad del litisconsorcio pasivo necesario en evitar que queden al margen del proceso personas que tienen un interés legítimo en la cuestión controvertida, es claro que es ajeno a la citada controversia el transmitente del piso, pues no tiene ningún interés en el resultado del litigio (FD 4.^º). El rechazo de este segundo motivo comporta la del tercero, en el que se denuncia la inaplicación del art. 20 de la LH, en relación con la doctrina del litisconsorcio invocada en el segundo motivo.

El último motivo de casación aduce la infracción del ordenamiento jurídico por aplicación errónea o indebida del artículo 20 de la Compilación, en relación con la DT 7.^a de la Ley catalana 13/1984, de 20 de marzo y de la DT 4.^a del Código civil.

De acuerdo con la sentencia de la Audiencia, la escritura pública de compraventa otorgada en 1973 encubre un negocio jurídico diverso. El negocio jurídico disimulado es, según el TSJC (FD 7.^º), una permuta de solar. De haberse seguido la vía de la permuta el adquirente sería sólo el marido, mientras que a través del negocio simulado de compraventa aparecen marido y mujer como compradores. De ahí resulta que la finalidad de la simulación consiste en el deseo de realizar una liberalidad en favor de su mujer. Ello además se reafirma porque el favorecido con la liberalidad es el cónyuge (entonces no separado), por cuanto con ello se evita el principal inconveniente del régimen de separación de bienes, cual es la desproporción económica del cónyuge falto de patrimonio e ingresos.

Este ánimo de liberalidad lleva consigo el que haya que estimar válida la donación disimulada (FD 8.^º). A partir de la citada declaración, el problema que se cuestiona el Tribunal Superior es el régimen a aplicar a esta donación entre cónyuges catalanes.

En 1973, año en que se otorgó la donación, las donaciones entre cónyuges efectuadas fuera de capítulos matrimoniales se declaraban nulas. Ese fue el criterio acogido por la Audiencia. No obstante, la normativa catalana al respecto ha variado notablemente, puesto que las citadas donaciones antes nulas son ahora válidas (actual art. 20), aunque revocables en ciertos casos (art. 21 CDC). Ese hecho se agrava todavía más debido a la ausencia de una norma que establezca qué normativa se aplica a los actos nulos según el derecho anterior, pero válidos conforme al actual.

Advertida la cuestión, el TSJC ha de determinar la retroactividad o no de las normas catalanas (arts. 20 a 22 CDC), además de tener que precisar cómo han de valorarse jurídicamente, tras la entrada en vigor de la nueva normativa, las donaciones entre cónyuges realizadas durante la vigencia de la normativa anterior (FD 10).

El problema incide de lleno en el derecho de familia, modificado tanto por el Parlamento estatal como por los autonómicos, en aras de su adecuación a la Constitución y los valores en ella predicados. De ese modo, señala el TSJC que el criterio de valorar de acuerdo al nuevo régimen las situaciones jurídicas originadas mientras estaba vigente el derecho anterior se observa en el art. 85 del Código, en la normativa de la sociedad de gananciales y en las Disposiciones Transitorias de la Ley catalana de filiaciones (Llei 7/1991 de 27 de abril), de medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (Llei 37/1991, de 30 de diciembre) y de la tutela e instituciones tutelares (Llei 39/1991, de 30 de diciembre) (FD 10).

Para resolver la cuestión debatida, el TSJC distingue entre las relaciones en que los interesados, con base en el principio de la autonomía privada, pueden determinar el contenido de la relación jurídica y aquellas en las que es la ley la que lo determina. En este caso, de acuerdo con el principio *tempus regit actum*, presente en las DT 1.^a y 2.^a del Cc., el acto que era nulo conforme al derecho anterior sigue siéndolo. En cambio, cuando es la ley la que determina el contenido de la relación, hay que entender que la nueva ley regula también aquellas relaciones jurídicas que ya existían en el momento de su entrada en vigor y que todavía subsisten, por cuanto la nueva ley persigue establecer un régimen general y uniforme que sólo puede conseguirse mediante este alcance general (FD 11).

Por consiguiente, de acuerdo con este último criterio, el TSJC estima que la donación entre cónyuges queda sujeta a las consecuencias jurídicas prevenidas en los actuales arts. 20 y 21 de la Compilación, siendo, por tanto, válida. Los razonamientos del TSJC conducen a la estimación del último motivo de casación.

La estimación del recurso de casación lleva consigo la confirmación de la sentencia de primera instancia (FD 12), la revocación de la sentencia de la Audiencia y la procedencia de la venta en pública subasta de la finca con admisión de terceros licitadores y reparto entre los cónyuges, por partes iguales, del precio obtenido.

V. Sentencia de 7 de diciembre de 1992.—Don Antonio P. F. contra doña Natalia B. D.: Donaciones por razón de matrimonio. Perfección de la donación. Prueba de confesión en juicio. Prueba de presunciones. Error en la apreciación de la prueba.

El relato fáctico que antecede al recurso de casación es como sigue. El 19 de octubre de 1991 don Antonio P. F. presentó demanda contra doña Natalia B. D., en la que solicitaba se declarase la ineffectuación de las donaciones de un piso y de dos plazas de aparcamiento, porque, según el demandante, se efectuaron en contemplación del futuro matrimonio entre demandante y demandado, con lo que, tras la negativa de la demandada a la celebración del mismo, procede la resolución de las citadas donaciones, según lo dispuesto en el art. 13 de la Compilación.

El JPI dictó sentencia el 19 de julio de 1991 que desestimó la demanda al considerar que no se había llevado a cabo ninguna prueba que permitiera deducir que la causa final de las donaciones fuera el compromiso o promesa matrimonial de los litigantes, sino que éstas se fundamentaban en la convivencia existente entre las partes.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Barcelona confirmó, por medio de sentencia de 6 de junio de 1992, la de primera instancia.

Contra la sentencia de la Audiencia, don Antonio P. F. formuló recurso de casación ante el TSJC.

El primero de los motivos alega la infracción del art. 1.232 del Código, al entender el recurrente que la confesión en juicio de la demandada es fundamento por sí solo para la estimación de la demanda. El presente motivo es rechazado porque, de acuerdo con la doctrina del TS, la apreciación conjunta de la prueba no puede combatirse en casación por la apreciación de uno solo de sus elementos integrantes (FD 2.º).

El segundo motivo de casación se basa en la pretendida infracción del art. 1.253 del Código civil, porque, según el recurrente, la sentencia de la Audiencia estima acreditada que la donación del piso y de las plazas de aparcamiento se hicieron por mera liberalidad y no en contemplación del matrimonio. El citado motivo resulta asimismo rechazado porque la sentencia de la Audiencia no parte de los hechos que el recurrente señala.

El último motivo de casación se fundamenta en la pretendida infracción del art. 13 de la Compilación («Les donacions i els heretaments fets en contemplació d'un determinat matrimoni produiran efectes des que s'hagi celebrat. En conseqüència, serán ineffectuacions si el matrimoni no s'arriba a celebrar, àdhuc sense culpa del donatari o hereu, o si fos declarat nul o s'obtingués dispensa de matrimoni no consumat, assolida si s'escau, la corresponent homologació i, en el cas de matrimoni no consumat, amb aplicació del que disposen l'art. 10 i el darrer paràgraf de l'art. 35 d'aquesta Compilació»). El recurrente sustenta que, al no haberse celebrado el matrimonio, la donación no se ha perfeccionado y es nula de pleno derecho.

Acorde con el texto legal y la tradición jurídica catalana (FD 4.º), el presente motivo es improsperable, porque no es suficiente la existencia del propósito de celebrar el matrimonio cuando éste es la condición propicia de la donación, pero no la condición necesaria.

El rechazo de todos los motivos casacionales provoca la desestimación del recurso de casación.

VI. Sentencia de 21 de diciembre de 1992.—Doña Esther P. C. contra don Mariano P. C., B., Sociedad Financiera, S. A., y doña Isabel Ch. A., doña María del Carmen P. M., don Arturo y don Clemente V. S., herencia yacente de don Ricardo P. C. e ignoradas personas tenedoras de acciones de B., S. A.: Reclamación judicial de la filiación no matrimonial. Posesión de estado. Preterición errónea y preterición intencional. Régimen jurídico de la preterición errónea. Derecho transitorio en sede de preterición errónea. Requisitos de forma en los testamentos. El principio del *favor testamenti*. Tradición jurídica catalana. Carga de la prueba. Prueba de presunciones.

Interpuesta demanda sobre filiación, preterición y nulidad de testamento, el JPI, en fecha de 19 de septiembre de 1988, estimó la demanda y la ampliación de la misma y declaró, en primer lugar, que doña Esther P. Ch. es hija de don Ricardo P. C. y que, por tanto, ostenta todos los derechos familiares y sucesorios derivados de la citada filiación, debiéndose proceder a la rectificación registral; en segundo lugar, que el testamento de don Ricardo es nulo por preterición errónea de la hija Esther P. Ch., siendo nulas las escrituras de aceptación e inventario de la herencia, así como todos aquellos actos y negocios de disposición de la herencia; en tercer lugar, que doña Esther P. Ch. es heredera abintestato y titular de la totalidad de la herencia y, por último, que don Mariano P. C. y B., Sociedad Financiera, S. A., deben restituir los bienes, derechos y acciones de la herencia y, en su defecto, su valor, así como el importe de los frutos de tales bienes.

Interpuesto recurso de apelación por don Mariano P. C., doña María del Carmen P. M. y B., Sociedad Financiera, S. A., la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha de 15 de octubre de 1991, en la que se revoca parcialmente la de primera instancia y se declara que la actora tiene derecho a percibir desde la muerte del causante la legítima individual que le corresponde como única hija de don Ricardo P. C.

Tanto doña Esther P. Ch. como don Mariano P. C., interpusieron recurso de casación ante el TSJC.

Respecto del recurso interpuesto por don Mariano P. C., éste sostiene que toda filiación jurídica por naturaleza (excepto la adoptiva) tiene como base la existencia previa de una filiación biológica. La posesión de estado no basta para que por sí sola se declare la filiación. Partir solamente de la existencia de la posesión de estado y determinar la filiación supone infringir

la verdad biológica. El TSJC desestima este motivo de casación, puesto que entiende que la sentencia de instancia aprecia valorativamente la posesión de estado como idónea, en cuanto unidad circunstancial, para establecer una presunción fundada en la filiación biológica (FD 2.º), sin configurar la posesión de estado como un «expediente determinante de la filiación que haga abstracción de la realidad natural». Asimismo se rechaza el segundo de los motivos, en el que se aducía infracción del art. 1.214 del Código, y el tercero, basado en el ataque a la inferencia establecida entre el hecho base (posesión de estado) y aquel que se trata de deducir (determinación de la filiación), por infracción del art. 1.253 del Código, por entenderse (FD 2.º) que la inferencia efectuada por la instancia no es ilógica ni contraria al criterio humano.

En cuanto se refiere al recurso de casación presentado por doña Esther P. Ch., el primero de los motivos se encamina a atacar la consideración de la Audiencia Provincial de que la preterición de la recurrente es intencional y no errónea y, por tanto, sólo da lugar a reclamar la legítima. La recurrente estima que ello infringe el artículo 141.3 CDC (según redacción original de 21 de julio de 1960), puesto que, al ser legitimaria de acuerdo con la eficacia de la Constitución en sede de filiación, y conocido por el causante que esa persona ha adquirido la condición de legitimario, se trataría de una hipótesis de preterición errónea. El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (FD 3.º) acoge la opinión de la instancia y afirma que no parece racional exigirle al causante que vuelva a repetir el testamento sin mención del legitimario para que quepa entender la preterición como intencional. Afirmación que se ve corroborada por la *ratio essendi* de la regulación legal, la fundamentación eminentemente subjetiva y de presunción *iuris tantum*, en segundo término, por cuanto la norma referente a la preterición errónea es de carácter excepcional e interpretación restringida, mientras que la regla general es la preterición intencional, y, por último, por el principio general de conservación del negocio jurídico —*favor testamenti*.

El segundo motivo del recurso alega infracción del artículo 675.2 Cc., del que resulta que el testador no puede prohibir su impugnación en los casos de nulidad declarada por la ley. La valoración de la preterición como intencional conduce a la desestimación del motivo.

El tercer motivo aduce infracción de los artículos 101, 105.2, 106, 107 CDC y 687 del Código civil, que regulan ciertas formalidades de los negocios *mortis causa*. El Tribunal Superior entiende que al no contemplarse ningún nuevo acto jurídico *mortis causa* no se prescinde de las formalidades necesarias y solemnes establecidas en los citados preceptos.

Los motivos cuarto, quinto y sexto aducen infracción de los artículos 1.249 y 1.253 del Código e impugnan la presunción posesoria. La pretendida infracción del art. 1.249 (error de hecho) es de conocimiento limitado a la instancia, mientras que no se da la constancia que la inferencia esta-

blecida sea contraria a la ley, absurda, inverosímil o contraria a las reglas de la lógica, por lo que también procede su desestimación.

El séptimo motivo de casación, en el que se plantea la infracción de las DT 6.^a y 7.^a de la CDC y 12 del Código, resulta asimismo rechazado por entender el TSJC que se enlaza con la impugnación de la fundamentación principal que constituye la base del fallo y que desestimada ésta queda fuera de la casación.

Por consiguiente, el TSJC desestima los recursos de casación interpuestos por recurrente y recurrido.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE SUCESIONES

En materia de Sucesiones el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha tenido ocasión de estudiar los problemas que se recogen en las siguientes sentencias:

I. Sentencia de 7 de febrero de 1991.—Pabla L. F., Ana M.^a N. L. e Inmaculada N. L., c/ Luis A. M. G.: institución de heredero en usufructo, legado de usufructo universal, ley reguladora de la sucesión por causa de muerte, responsabilidad del heredero por las deudas del causante, responsabilidad mancomunada de los coherederos por las deudas del causante, modificación de las obligaciones por cambio de la persona del deudor, asunción de deuda, recurso de casación: naturaleza jurídica.

Las cuestiones a resolver en esta sentencia tienen su origen en el préstamo que la Caja de Pensiones otorgó a la sociedad S., S. A., que fue avalado solidariamente por los Sres. Luis M. G., Juan N. M. y Ramón N. M. Posteriormente dichos señores firmaron un convenio en que se liberan de responsabilidad por las operaciones realizadas en sus negocios y pactan nada más pedirse y reclamarse mutuamente excepto la liberación del crédito citado y otro del Banco de Crédito Cooperativo que deben ser cancelados por partes iguales por los Sres. M. y N. El fiador Sr. N. fallece y lega el usufructo de sus bienes a su esposa e instituye herederas a sus hijas. La sociedad no paga la deuda y la Caja demanda a la viuda del Sr. N., doña Paula L. El Juzgado estima la demanda y la Audiencia confirma la sentencia.

En el primer motivo del recurso se aduce que se han infringido los artículos 675 del Cc. y 112 de la CDC en relación al 110 y 223 de la misma. La sentencia del TSJC declara que la sentencia recurrida infringe claramente el art. 112 CDC porque considera que el legado de usufructo en favor de la viuda del testador le atribuye la condición de heredera fiduciaria, ya que concurre a la herencia con otros herederos instituidos en nuda propiedad, mientras que el citado precepto sólo entra en juego cuando el usufructuario no sea considerado legatario. Por ello ha de estimarse este

primer motivo, considerando que dado que la viuda no es heredera, sino legataria de usufructo vitalicio, no ha de responder de las obligaciones del causante, aunque ciertamente se verá afectada por estas obligaciones ya que disminuirán el contenido económico del legado.

El segundo motivo de casación alega la extinción de la relación jurídica de fianza por novación, ya que, según el criterio de la recurrente en el contrato privado que se ha descrito, se produjo una asunción de deuda por parte de D. Luis M. y D. Ramón N., con lo cual, al producirse dicha asunción de deuda por parte de dos fiadores se produjo la extinción de la fianza por confusión en cuanto a dos fiadores y la extinción por novación en cuanto a D. Juan N. por sustitución de la persona del deudor. El motivo es desestimado porque, de acuerdo con el artículo 1.205 del Cc., la sustitución de un nuevo deudor en lugar del primitivo puede hacerse sin consentimiento de éste pero no sin consentimiento del acreedor, y en el caso presente, como reconoce el recurrente, el acuerdo se produjo sin intervención de la Caja de Pensiones. Por ello el citado convenio sólo establecía en qué forma se afrontaría la deuda ante el acreedor pero sin finalidad novatoria.

El fundamento de derecho sexto estima en parte el motivo cuarto del recurso declarando infringido el artículo 100 CDC, ya que en la sentencia recurrida se condena a los coherederos a pagar solidariamente la obligación hereditaria, mientras que según el citado precepto las deudas de la herencia se dividen *ipso iure* entre todos los coherederos en proporción a las respectivas cuotas y por consiguiente los deudores responden con el carácter de deudores parciales.

Todo ello conduce a condenar a las dos hijas del causante a pagar por partes iguales la cantidad que se reclama.

II. Sentencia de 4 de marzo de 1991.—Pilar S. G. de S., Juan Ramón de R. S., Ana M.^a de R. S., Ignacio de R. S., Mercedes de R. S., Eduardo de R. S., M.^a Concepción de R. S., Pilar de R. S., Santiago de R. S. y Francisco de R. S., c/ Pedro Manuel de R. S.: cómputo de la legítima, incompetencia de jurisdicción, cosa juzgada: efecto positivo, excepciones dilatorias, recurso de nulidad contra laudos arbitrales, carga de la prueba, error en la apreciación de la prueba, incongruencia, *reformatio in peius*.

Don Juan de R. legó a su esposa e hijos el importe de todos los gastos y mejoras, maquinaria, ganado y demás realizados en los bienes que su padre le donó y prelegó bajo fideicomiso. La fijación del importe de dicho legado se sometió por su viuda e hijos a arbitraje de equidad. El laudo no fijó el importe del legado alegando falta de pruebas. Contra dicho laudo se interpuso recurso ante el Tribunal Supremo fundado en no haber concedido los árbitros a los recurrentes la oportunidad de ser oídos ni de proponer prueba alguna. El recurso fue desestimado, ya que el Tribunal Supremo consideró que los árbitros dieron cabal cumplimiento a lo dispuesto en el

artículo 29 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado. El tema vuelve a plantearse en la jurisdicción ordinaria y el Juzgado se plantea cuál debe ser la consecuencia del silencio de los árbitros al no fijar el importe del legado. Se decide que no cabe entender que los árbitros han considerado inexistente el valor de las mejoras y que por el contrario lo que ha sucedido es que no han resuelto el contencioso, por ello el juzgado es competente para fijar la cuantía que reclaman los legatarios. La Audiencia confirma la sentencia.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña pone de manifiesto el error jurídico en que se incurre, ya que no se ha apreciado la existencia del efecto positivo de la cosa juzgada, dada la total identidad entre lo resuelto en el laudo y lo planteado en el proceso. Si los árbitros no observaron los principios de audiencia y contradicción o si no resolvieron el contencioso podía impugnarse el laudo mediante el recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo.

El fundamento de derecho primero pone de manifiesto que a las partes incumbe aportar las pruebas al procedimiento de arbitraje, a los árbitros dar oportunidad al efecto, al Tribunal Supremo decidir el recurso de nulidad, pero las deficiencias no pueden ser corregidas por el Tribunal Supremo, ni menos en un juicio declarativo posterior. Admitir la eventualidad de que en procesos judiciales se subsanen inactividades probatorias de los juicios de arbitraje abriría una brecha peligrosa en el sistema.

Por otro lado, el efecto positivo de la cosa juzgada es apreciable de oficio y no es posible alterar la sentencia de la Audiencia reformándola *in peius*.

El fundamento de derecho cuarto pone de manifiesto que en última instancia no se infringió la doctrina de la invariabilidad de las resoluciones judiciales, porque el auto no era firme; por otro lado, la Audiencia tenía plenitud de movimiento para entrar en el tema y es la resolución de esta Sala la que debe tenerse en cuenta en casación y, por último, no se ha producido indefensión.

El fundamento de derecho cuarto pone de manifiesto que no cabe hablar de perpetuación de la jurisdicción de los árbitros y es lógica la doble actividad de éstos cuando se acumulan funciones de arbitro y contador partidor.

Por último, el motivo sexto del recurso alega infracción del artículo 129 CDC y se pretende, además, el cobro del suplemento de legítima, ya que el recurrente considera que debe incluirse en el caudal relicto el valor de los bienes que integran el fideicomiso puro electivo. El motivo es rechazado declarando que dichos bienes no son computables en la herencia del fiduciario, aunque el fideicomiso puro sea electivo y nada tenga que ver el artículo 270.5 CDC sobre reserva vidual.

III. Sentencia de 21 de marzo de 1991.—M.^a del Carmen, Rosa M.^a y M.^a Isabel B. G., c/ Juan José B. G.: cómputo de la legítima, intereses de la legítima y del suplemento de legítima, negocio simulado, recurso de

casación: naturaleza jurídica, prueba de presunciones, prueba de documentos privados, incongruencia.

La cuestión debatida es, como dice gráficamente la Audiencia, un problema de sumas y restas.

El primer motivo de casación denuncia infracción del art. 1.253 del Cc., ya que, careciendo el comprador de medios suficientes, debe presumirse que no hubo entrega de precio y que la compraventa era simulada. Dicho motivo no se estima porque si el Tribunal de instancia no considera probada la falta de medios no puede examinarse este motivo en casación. La sentencia reconoce implícitamente la legitimación del legitimario para impugnar los actos simulados del causante, pero aduce que la simulación no ha sido probada suficientemente.

El motivo cuarto de casación denuncia la incongruencia en que incide la sentencia al omitir cualquier pronunciamiento en torno a los intereses legales de la legítima a pesar de haber sido reclamados en la demanda. La sentencia del Tribunal Superior reconoce que la demanda inicial pide el pago a las actoras de sus respectivos derechos hereditarios, incrementados con los intereses legales que se devenguen desde la interposición de la demanda. Por ello, a pesar de que el artículo 139 de la CDC establece que la legítima devengará interés desde la muerte del causante y el suplemento de legítima desde que fuere reclamado judicialmente, el Tribunal, sin necesidad de analizar si las hermanas reclaman la legítima o un suplemento de la misma, condena al demandado a que pague dichos intereses desde la interposición de la demanda, porque si el Tribunal considerara que se solicita la legítima y no su suplemento y se concedieran con fecha anterior se incidiría también en incongruencia, esta vez por exceso.

IV. Sentencia de 1 de octubre de 1991.—Esperanza N. P. en representación de su hija menor Esperanza C. N., c/ Francisco-Javier, Lourdes y Josefina C. C.: incapacidad para testar del enfermo mental, presunción de capacidad del testador, preterición: concepto, preterición errónea, prueba de presunciones, jurisprudencia a efectos del recurso de casación.

En el caso que dio origen al presente recurso, la viuda del testador alegaba que su marido al testar no se hallaba en su sano juicio y argumentaba como prueba de ello que pocos días después se suicidó. La sentencia pone de relieve que la capacidad para testar debe presumirse, aunque sea *iuris tantum*, en aplicación del *favor testamenti*, especialmente en los testamentos notariales, sin que el suicidio posterior del que otorga testamento sea indicio suficiente de la falta de dicha capacidad.

El Tribunal se enfrenta también al problema de determinar en qué supuestos existe preterición errónea y pone de relieve que cuando se lega la legítima al hijo que la esposa del testador está esperando no existe preterición. De haberse tratado de un póstumo que el testador no hubiera sabido que iba a nacer se hubiera producido un error o un defecto de la voluntad,

pero ello no sucede en el caso estudiado. Tampoco es argumento para afirmar que existe preterición el hecho de que el testador no designara por su nombre al legitimario, ya que cuando éste menciona al fruto que ha de nacer del avanzado estado de gestación de su esposa está identificando de forma suficiente al legitimario que por el hecho de no haber nacido no tiene todavía nombre. Si se exigiera la designación con el nombre, los póstumos siempre serían preteridos aunque el testador conociera el embarazo y lo mencionase en el testamento. La interpretación consistente en que mencionar significa nombrar sólo podría defenderse en la preterición intencional, pero no en la preterición del legitimario nacido después de otorgado el testamento. Para instituir heredero es necesaria la designación nominativa sin que ello comporte la designación de nombre, del que el póstumo carece, sino una determinación clara, precisa e individualizada que muestre que el designado fue contemplado singularmente al hacer la declaración de voluntad.

Por último, la sentencia pone de manifiesto que una única sentencia no constituye jurisprudencia a los efectos de casación.

V. Sentencia de 22 de octubre de 1991.—Antonio E. P., José M.^a E. R., Josefa E. R. y Alberto E. R., c/ Banco Español de Crédito, S. A.: heredero distributario, ejercicio de la facultad de distribuir, delación de la herencia cuando existe heredero distributario, aceptación de la herencia, gravámenes sobre la legítima, interpretación del testamento, interpretación de los contratos, acción subrogatoria, recurso de casación: naturaleza jurídica, fundamentación del recurso de casación cuando se impugna la imposición de costas, error en la apreciación de la prueba, prueba de presunciones, litisconsorcio pasivo necesario.

Doña Carmen R. O. otorgó testamento en que nombraba heredero distributario a su esposo don Antonio E. P., herederos a sus hijos y legaba el usufructo de todos sus bienes a su esposo. Fallecida la esposa en el año 1971, don Antonio y sus hijos otorgan escritura de inventario y manifestación de herencia y aduciendo que carecen de momento de los datos precisos para relacionar todos los bienes de la herencia y que les urge operar sobre una de las fincas, no incluyen más que esta finca en el inventario. En dicha escritura el padre se adjudica el usufructo que le legó su esposa, adjudica a uno de sus hijos la finca antes descrita y los hijos aceptan la institución hereditaria, reservándose el padre como heredero distributario la adjudicación a los hijos de los demás bienes de la herencia.

El Banco Español de Crédito formula demanda por impago de 25 millones de pesetas, suplicando se declare que don Antonio, como heredero distributario, efectuó de hecho la distribución y sus hijos aceptaron la herencia de su madre pero no incluyeron determinadas fincas en el inventario a fin de ocultarlas a los acreedores, por lo cual, dado que los demandados carecen de otros bienes para hacer frente a sus deudas, se faculte al demandante a presentar en su liquidación del impuesto sobre sucesiones la

escritura que se otorgue en méritos de las declaraciones anteriores. El Juzgado estimó la sentencia y la Audiencia la confirmó.

El fundamento de derecho tercero destaca que es suficiente para ejercitarse la acción subrogatoria que no existan bienes suficientes para hacer frente a las deudas y que indudablemente se produce un incremento del patrimonio cuando se incorpora al mismo (por la aceptación) la cuota indivisa sobre la nuda propiedad de un caudal hereditario, operando la documentación y constancia registral que proceda como expediente formal *ad hoc* para facilitar la realización forzosa judicial correspondiente.

La sentencia sienta como premisas básicas que el pleito no versó sobre la posibilidad de subrogar al acreedor en lugar del heredero distributario en el ejercicio del cargo, por lo que devendría ociosa cualquier reflexión jurídica sobre el carácter personalísimo de la facultad y la consiguiente imposibilidad subrogatoria. También resulta intrascendente discurrir en torno a si el heredero distributario tiene o no plazo para ejercer el encargo o si cabe señalárselo, ya que la sentencia de instancia declara plenamente acreditado el ejercicio de la facultad distributiva y aceptación de la sucesión. Tanto el Juzgado como la Audiencia deducen de la escritura de inventario y adjudicación parcial de la herencia la conclusión del ejercicio del encargo distributivo, ejerciendo tal facultad entre los hijos por partes iguales, con adjudicación a uno de los hijos de una finca concreta y la aceptación de los interesados de la herencia deferida.

El motivo primero del recurso debe ser desestimado, dado que a quien se encomienda la facultad de elección suele llamársele heredero distributario y aunque en el caso presente sea un simple legatario de usufructo, la modificación, además, no tendría relevancia práctica. El motivo segundo, en que se alega infracción del párrafo primero del artículo 1.281 del Cc., es también rechazado porque no cabe interpretar que la escritura de inventario que se realizó fuera un mero «principio de inventario», sino a lo más que la reserva efectuada por el Sr. E. hace referencia a una adjudicación concreta de los bienes, pero sin excluir la atribución hereditaria de los mismos por cuotas iguales, de tal modo que, con exclusión de una adjudicación concreta efectuada en favor de uno de los hijos, se realiza en cuanto al resto una designación genérica, común y pro indiviso, dándose lugar, al producirse la simultánea aceptación, a una comunidad hereditaria. Otra interpretación llevaría al fraude y a presumir la intención de escamotear la finca a los acreedores, ya que se pretendería adjudicar la finca urbana al único heredero no deudor y se reservaría el encargo en cuanto al *relictum* restante. El motivo sexto, que alega infracción del artículo 115.3, en relación al 98.1 CDC, debe ser también rechazado porque debe entenderse que se ha producido delación de la herencia con el ejercicio de la facultad de distribución y por ello la aceptación es plenamente válida. La aceptación que realizaron los hijos contribuye a reafirmar la conclusión de que se había ejercitado la distribución, sin que pueda alegarse que lo que se acepta es la institución de heredero distributario, ya que ello sería totalmente irrelevante. El motivo

décimo de casación, que alegaba infracción de los artículos 1.058 y 1.059 del Cc., tampoco puede estimarse, ya que no resulta afectado cuando un heredero distributario elige o distribuye la herencia determinando con datos matemáticos la participación de cada uno de los elegidos. El undécimo motivo, que alegaba vulneración del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima al no atribuirse a los hijos bienes libres de usufructo, también es rechazado, ya que la referencia del testamento a la legítima es intrascendente, ya que, además, el heredero distributario hizo unas asignaciones y los herederos aceptaron.

VI. Sentencia de 28 de octubre de 1991.—Jorge F. M. c/ Francisco F. M., Alberto F. G., Catalina F. G. y Francisco Luis F. G.: Fideicomiso de residuo: diferencias con la sustitución preventiva de residuo, ineficacia del legado, legado de cosa ajena, interpretación del testamento, actos propios.

Don Alberto F. A. otorgó testamento en que instituía heredera a su esposa, doña Catalina, y para el caso de que no llegara a serlo, o siéndolo en la parte de bienes de que no hubiere dispuesto por cualquier título, la sustituía y herederos suyos instituía a sus dos hijos (don Jorge y don Francisco) en partes iguales y libres entre ellos.

Doña Catalina, en su último y válido testamento, nombró heredero a don Jorge, pero estableció que éste debía entregar como legado a los hijos de don Francisco determinados bienes que había recibido de su esposo.

Don Francisco y sus hijos presentaron demanda, reclamando don Francisco una parte indivisa de la herencia, y sus hijos el legado, en ambos casos con sus frutos y rentas. El Juzgado de primera instancia falló interpretando que cuando don Alberto instituyó heredera a su esposa y la sustituyó por sus dos hijos ordenó una sustitución fideicomisaria de residuo, regulada en los artículos 210 y 211 a 215 de la CDC, por lo cual podía disponer de los bienes heredados *inter vivos*, pero no *mortis causa*. Por ello el legado que ordenó en su testamento a favor de sus nietos era un legado de cosa ajena, ya que los bienes legados pertenecían a su hijo don Jorge. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia.

El problema básico con que debe enfrentarse el TSJC es diferenciar dos instituciones próximas, como son la sustitución fideicomisaria de residuo, que no permite al fiduciario disponer *mortis causa* pero sí *inter vivos*, y la sustitución preventiva de residuo que permite disponer *inter vivos* y *mortis causa*. Ello supone interpretar la voluntad del testador a fin de conocer la naturaleza y alcance de la cláusula del testamento en que instituía heredera a su esposa.

El fundamento de derecho segundo entiende que el Juzgado y la Audiencia interpretaron correctamente la cláusula al calificar la institución de sustitución fideicomisaria de residuo. A pesar de que al utilizar la frase «por cualquier título» puede pensarse que se comprende la generalidad de

los actos de disposición, hay que observar que no se dice de modo expreso que entre aquéllos se comprenden las disposiciones *mortis causa* y el legislador claramente establece que no habrá fideicomiso de residuo si el heredero o legatario resultan expresamente autorizados por el testador para disponer libremente de los bienes de la herencia por actos *inter vivos* o por causa de muerte. Por ello no es posible argumentar que dicha autorización expresa sólo es imprescindible en el caso de que el testador utilice la denominación «fideicomiso de residuo», mientras que existirá sustitución preventiva de residuo cuando sin utilizar aquella denominación se concedan por el testador facultades genéricas para disponer.

En el fundamento de derecho tercero se pone de relieve que, dado que se trata de una sustitución fideicomisaria de residuo, doña Catalina no podía disponer *mortis causa* de los bienes y consecuentemente el legado es ineffectual al recaer sobre un bien indisponible por causa de muerte. Por ello, cuando los sobrinos desifiendan que su abuelo estableció una sustitución fideicomisaria de residuo no pueden defender la validez del legado sin ir contra sus propios actos.

VII. Sentencia de 7 de enero de 1992.—Juana C. M. c/ Juan y Baltasar C. C. y Urbano Á. M.: intervención de testigos en el otorgamiento del testamento notarial abierto, firma de los testigos instrumentales, nulidad de testamento, distinción entre solemnidades fundamentales y formalismo o ritualidad en los testamentos, principio *favor testamenti*, interpretación de las leyes de acuerdo con la realidad social y según su sentido y finalidad, equidad, error en la apreciación de la prueba, presunciones y vía procesal para impugnarlas en casación.

El problema litigioso se centra en la validez de un testamento abierto notarial en que, si bien intervinieron los dos testigos, falta la firma de uno de ellos.

Tanto el Juzgado como la Audiencia resuelven en sentido favorable al mantenimiento de la eficacia del negocio jurídico *mortis causa*. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirma la sentencia argumentando que el defecto de falta de firma del testigo constituye una mera ritualidad que no puede acarrear la nulidad del testamento. Como elemento hermenéutico de índole histórica se pone de relieve que, en Cataluña, la configuración del sistema testamentario siempre se ha caracterizado por la tendencia a la simplificación de las formalidades. Esta simplificación constituye un principio inspirador del ordenamiento catalán que se ajusta a la conciencia jurídica y social existente en torno al alcance formal de la institución hereditaria. Además, en el momento actual, carece de justificación jurídica y repugna a la conciencia social el hecho de hacer depender la validez de un testamento otorgado ante un fedatario público de la consignación de la firma de un testigo. Debe tenerse también en cuenta las finalidades para las cuales fue pensada la norma y los intereses que fueron valorados y coordinados y ver entonces las modificaciones que se hayan producido en la conciencia

social y en la convicción jurídica actual, que ponen de manifiesto la innecesidad de los testigos para corroborar la credibilidad dimanante de la fe pública. Por último, la sentencia considera que la interpretación debe conducir a una consecuencia racional de orden lógico y no es lógico ni racional el resultado que se derivaría de la estimación del recurso. Tanto el respeto a la equidad como el principio de *favor testamenti*, que forma parte de la tradición jurídica catalana, inclinan a este fallo.

VIII. Sentencia de 3 de septiembre de 1992.—Miguel G. S. c/ Fermín G. B.: legítima: naturaleza jurídica, cálculo de la legítima, legitimación pasiva en la acción de reclamación de legítima, litisconsorcio pasivo necesario, incongruencia, cosa juzgada, carga de la prueba.

Esta sentencia se enfrenta fundamentalmente al problema de determinar si en el supuesto de reclamación de legítima deben ser llamados todos los legitimarios por apreciarse la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario.

El fundamento de derecho segundo pone de relieve que el litisconsorcio pasivo necesario tiene lugar cuando, por razón del objeto del juicio, la resolución haya de afectar directamente al derecho de varios sujetos, de tal manera que todos ellos habrán de demandar o ser demandados conjuntamente. El fundamento de dicha excepción se halla en la naturaleza de la relación jurídica debatida en que se encuentran interesados varios sujetos, por lo que puede ser indispensable que la resolución a dictar en el proceso sea igual para todos.

Por ello, debe tenerse en cuenta que la naturaleza de la legítima catalana que, con arreglo al artículo 137 CDC, puede hacerse efectiva en dinero o en bienes no aporta la base fáctica para que pueda operar el óbice procesal. El derecho de cada legitimario es autónomo, no existe una relación jurídico-material única de los legitimarios con el heredero, sino que cada uno de ellos tiene una relación jurídica independiente. La apariencia unitaria viene dada por el hecho de la necesaria previa fijación del *quantum*, pero ello supone una mera conveniencia de que todos estén presentes, pero no una necesidad. Por lo cual no cabe hablar de *inutiliter data*, porque la sentencia es perfectamente ejecutable, ni de quebrantamiento del principio constitucional de audiencia, pues no tiene que ser oído quien no va a resultar afectado por el fallo, ni se infringe la doctrina de la cosa juzgada material, ya que el pronunciamiento que se dicte no vincula al legitimario no litigante, ni de la posible existencia de sentencias contradictorias, porque de suceder nos encontraríamos ante sentencias de contenido diferente pero no contradictorias al poder desplegar sus efectos con total autonomía. La solución no sería la misma si se tratara de determinar la cuantía de un *donatum* hecho al legitimario no llamado al proceso, o de fijar el *relictum* y tampoco si resolviera un tema de partición, supuestos que no se dan en el presente caso.

IX. Sentencia de 23 de noviembre de 1992.—Teresa S. F. c/ Carmen S. F.: intereses de la legítima, valoración de los bienes hereditarios a los efectos del cálculo de la legítima, incongruencia.

En el caso que da origen al presente recurso se solicitaba la entrega de los bienes que se legaron en concepto de legítima y su suplemento. Dado que no existe controversia en cuanto a la identidad ni en cuanto al valor de la legítima todo se reduce a la fijación de la cantidad que debe entregarse como suplemento de la misma.

En el recurso se alega la infracción del artículo 139 CDC, ya que no se conceden los frutos o rentas de las dos fincas legadas. El problema se centra en el hecho de que en el *petitum* de la demanda se reclamaba una cantidad determinada más los intereses y la entrega de las fincas legadas, pero no los frutos de las mismas. Esta circunstancia no supone negación de un derecho, que podría ejercitarse al margen de las actuaciones presentes, pero impediría su examen en la instancia y en los sucesivos recursos. No obstante, la sentencia de instancia los reconoce mientras que la Audiencia los niega.

El fundamento de derecho tercero considera que se trata de una cuestión no formulada en la demanda originaria pero íntimamente ligada a la petición de intereses que se reclaman sobre el valor de otra parte de la legítima. Esta relación, que se revela en el art. 139.2 CDC, lleva a suponer que el pedir la entrega de la cosa implica reclamar los frutos, reclamación que por ello sería parte implícita en el contenido de la reclamación de la demanda, solución que además se fundamentaría en un principio de economía procesal y en el de tutela efectiva del artículo 24 CE. Por ello, se estima parcialmente el recurso condenando a la entrega de los frutos y rentas de los bienes legados.

Por el contrario, no se estima el motivo último del recurso, en que se denuncia infracción del artículo 632 LEC porque es reiterada doctrina jurisprudencial que la valoración del caudal hereditario hecha por la Audiencia no puede ser revisada en casación, ya que la sentencia impugnada razona la preferencia de los elementos tenidos en cuenta para la determinación del caudal hereditario y de la legítima discutida.

X. Sentencia de 30 de noviembre de 1992.—Javier, Montserrat y Carmen C. S. y Carmen V. C. c/ Carlos C. S.: fideicomiso *si sine liberis deceserit*, sustitución vulgar y sustitución fideicomisaria, sustitución vulgar en fideicomiso, efectos de la sustitución vulgar, interpretación de los testamentos, interpretación de los contratos, error en la apreciación de la prueba.

Don José M. C. de C. y doña Carmen A. ordenaron en el año 1890 en Capítulos matrimoniales heredamiento preventivo para el caso de fallecer sin haber otorgado testamento, nombrando heredero al primer hijo varón y estableciendo que éste quedaba gravado de sustitución si fallecía sin hijos que llegaran a la edad de testar. Don José M. C. de C. instituyó heredero a su hijo don Ramón C. A. en Capítulos matrimoniales otorgados en el año

1928, gravándolo de sustitución si falleciera sin hijos. Don Ramón fallece sin hijos y su hermano don José M. C. A. otorga testamento en que nombra a su hijo don Carlos C. S. heredero libre. Éste presentó demanda solicitando se declarara que, como sustituto fideicomisario de su tío don Ramón C. y en calidad de sustituto vulgar de su difunto padre don José M. C. es el único heredero fideicomisario cierto y libre. El juzgado de primera instancia consideró que don Carlos C. como sustituto fideicomisario de su tío y sustituto vulgar de su padre era heredero fideicomisario de su abuelo y estaba gravado de sustitución si falleciese sin hijos, o con ellos si no llegaban a la edad de testar. La Audiencia estimó el recurso y declaró a don Carlos C. heredero fideicomisario cierto y libre sin estar por tanto obligado a restitución fideicomisaria. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirma la sentencia de la Audiencia.

Los argumentos en que se fundamenta la sentencia se recogen en los fundamentos de derecho. El fundamento de derecho segundo reitera la doctrina jurisprudencial de que la interpretación de los negocios jurídicos es materia reservada a los tribunales de instancia que no puede ser revisada en casación, a menos que se llegue a conclusiones ilógicas, desorbitadas o erróneas, por lo cual no puede pedirse al Tribunal que elija entre las interpretaciones de la Audiencia y las del Juzgado, ya que las de aquélla son vinculantes, salvo que choquen frontalmente con las leyes o con las normas inderogables de la razón y de la lógica.

El fundamento de derecho tercero distingue en la cláusula que se discute de los Capítulos matrimoniales, otorgados en el año 1890, tres partes: primera, un llamamiento sucesivo de los hijos si el primer llamado muere sin descendencia; segunda, los hijos de los premuertos suceden a sus padres en las condiciones que éstos hubieran establecido, si no las establecen en las mismas condiciones de sus padres; tercero, si un hijo o descendiente muere dejando un hijo hereda con libertad de disponer.

El fundamento de derecho cuarto, basándose en el principio *in dubio contra fideicomiso*, interpreta que, cuando en los capítulos matrimoniales citados se establece que es su voluntad que cualquiera de sus hijos o descendientes que sea heredero o muera dejando algún hijo que llegue a la edad de testar pueda disponer en los bienes a su libre voluntad, ello no supone excluir a los descendientes que mueran sin hijos, porque de lo contrario se establecería que sólo heredan libre los que mueren con hijos y que esta interpretación concuerda con la disposición de los mismos capítulos que establece que los hijos heredan a sus padres tal como éstos hubieran dispuesto. Si bien es cierto que el sustituto queda sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, no es menos cierto que ello tiene lugar a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, y debe interpretarse que esto es lo que ocurrió en el caso presente. El heredamiento que se contempla en este caso establece una sustitución vulgar en fideicomiso, por lo cual no se aplica la norma de que el fideicomisario que premuere no transmite nada a sus herederos.

Por último, el motivo de casación invocado al amparo del apartado cuarto del artículo 1.692 de la LEC también se desestima porque al interponer el recurso estaba ya vigente la ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, que no admitía este motivo de casación, aunque dicha ley no estuviera vigente en el momento de preparar el recurso.

XI. Sentencia de 30 de diciembre de 1992.—M.^a del Carmen A. C. c/ Salvador A. C. y «E. C.», S. A.: legítima: naturaleza jurídica, simulación relativa, allanamiento: concepto y requisitos, preparación del recurso de casación: subsanación de defectos en el escrito de preparación del recurso. Doña M.^a del Carmen A. presentó demanda contra E. C., S. A., a fin de que se declarara que el contrato de compraventa celebrado entre don Carlos A. y la citada entidad E. C. era nulo por falsedad de la causa y que por el contrario era válida la permuta que encubría dicho contrato. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y acuerda por ello la cancelación de la inscripción en el Registro. Los demandados apelan y la Audiencia estima el recurso y revoca la sentencia del Juzgado.

En primer lugar, el fundamento de derecho segundo de la sentencia de casación examina la posibilidad de desestimar el recurso por haberse preparado de forma incompleta, pero estima que la Sala de Apelación ofreció al recurrente la posibilidad de subsanar los defectos del escrito, aprovechando la cual se presentó nuevo escrito ajustado a los requisitos exigidos por la LEC. Por ello, admitido y consentido por la parte a quien pudiera perjudicar el escrito de preparación del recurso, presentado ya sin defecto legal alguno, no puede inadmitirse el recurso.

El fundamento de derecho tercero define el allanamiento como la figura procesal consistente en la declaración de voluntad del demandado aceptando la pretensión del actor y aceptando, en consecuencia, que se dicte sentencia en los términos solicitados por aquél. No puede aludirse al allanamiento después de una negación general de la demanda y después de formular expresamente la excepción formal de inadecuación del procedimiento y de falta de legitimación activa de la demandante. El reconocer unos hechos no produce otro efecto que eximir de probar los datos fácticos en él incluidos.

El fundamento de derecho cuarto pone de manifiesto que la existencia demostrada documentalmente y reconocida por los demandados del contrato disimulado de permuta reduce la cuestión a examinar si la actora está o no legitimada para impugnar la enajenación mencionada, dada la posible repercusión que ésta puede tener en sus derechos legitimarios. La legítima que se rige por la CDC de 1960, modificada en el año 1984, antes de la vigencia del Código de Sucesiones, es considerada por este fundamento como *pars valoris bonorum* y, en este sentido, la legitimaria está interesada en que el *quantum* sobre los bienes relictos que le corresponde no quede disminuido por negocios jurídicos que puedan mermar el caudal hereditario. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera que el legitimario

catalán está legitimado para defender los bienes de la comunidad hereditaria si ejerce la acción de nulidad de la compraventa en el procedimiento de reclamación legitimaria. De lo contrario, como sucede en el caso presente, su interés y posible perjuicio sólo se da en el terreno de la hipótesis, ya que no es heredero, ni se aplica a la legítima catalana lo dispuesto en el artículo 806 del Cc.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS REALES

El Tribunal Superior de Justicia ha examinado la normativa catalana en materia de derechos reales en las siguientes sentencias:

I. Sentencia de 22 de julio de 1991.—Ramón S. A. c/ Juan R. C. y Antonia M. S. también recurrentes: accesión: normativa aplicable en Cataluña. Accesión: edificación en suelo ajeno. Accesión invertida. Buena fe. Derecho de propiedad: extensión. Inmatriculación en virtud de título público. Abuso de derecho. Recurso de casación: naturaleza jurídica. Indefensión por no entrega de copias de documentos. Error en la apreciación de la prueba.

En el caso que dio origen al presente recurso, el demandante solicitaba se declarara que los demandados se posesionaron indebidamente y de mala fe de un franja de terreno de su propiedad y se les condenara a reconocer el dominio de la total superficie y linderos que acreditaba su título. Los demandados argumentaban que la porción de terreno en que construyeron las naves de la granja era suya y que, en el supuesto de que no se les reconociera la propiedad, se declarara su derecho a adquirir el terreno conforme al valor de mercado del mismo. El Juzgado estimó la demanda y condenó a los demandados a reintegrar totalmente dicha porción de terreno y a perder en favor del actor lo en ella edificado. La Audiencia estima en parte el recurso y declara que el demandante es propietario únicamente de parte de la franja citada y que los demandados han construido en parte o en su totalidad en terreno del actor, teniendo en el primer caso el dueño de las edificaciones un derecho a adquirir la parte de terreno invadido mediante el pago de su precio y en el segundo el derecho de opción previsto en el artículo 361 Cc., dejando para ejecución de sentencia la determinación del terreno ocupado.

El fundamento de derecho tercero reitera la doctrina jurisprudencial que afirma que no cabe en el ámbito extraordinario del recurso de casación hacer un nuevo proceso valorativo del conjunto probatorio examinado en la instancia. Por ello se desestima el último de los motivos de casación que alegaba infracción de los artículos 516 y 517 LEC en cuanto a la falta de entrega de copias de documentos.

El fundamento de derecho cuarto examina los motivos 2, 3 y 4 del recurso que estiman infringidos los artículos 348, 349 y 350 del Cc., los artículos 205 y 207 LH, el artículo 298 RH, así como el 7 Cc. El Tribunal desestima la infracción de los artículos del Cc., ya que la prueba relativa al deslinde no puede atacarse en casación porque no se ha desvirtuado en el recurso. Tampoco se ha demostrado que el exceso de cabida inscrito en el Registro afectara a los límites de las fincas. Por último, también se desestima la alegación de abuso de derecho, ya que, aunque puede ser cierto que el actor reclame una indemnización de cinco millones por una finca que le costó en su totalidad 125.000 ptas., no abusa de su derecho quien intenta definirlo contra aquel que edifica en su terreno.

El Tribunal resuelve la alegación de incompatibilidad entre el artículo 364 Cc. y el 278 CDC afirmando que la aplicación del 364 Cc. en Cataluña viene avalada por la doctrina de los autores más significativos que consideraban que la eventual mala fe del constructor quedaba enervada en el supuesto de que la edificación se hiciera a vista del dueño del terreno invadido sin que éste se opusiera, entendiendo que se hacía donación de la facultad de edificar. Los autores modernos consideran artificioso este criterio admitiendo sin más la aplicación del artículo 364 Cc.

El fundamento de derecho sexto examina tres motivos de casación que se pueden unir en un solo argumento: aquel que entiende que las disposiciones del Derecho civil de Cataluña son de preferente aplicación y por tanto debe aplicarse el 278 CDC y no el 361 Cc. La sentencia establece que en el caso de que la edificación se hubiera realizado parte en terreno de los propietarios del edificio parte en terreno ajeno (concreción que la Audiencia deja para ejecución de sentencia) se aplica correctamente el artículo 361 Cc., ya que se trata de un caso de accesión invertida y dicha doctrina para los casos de edificación parcial de buena fe en suelo ajeno se aplica tanto en territorios de aplicación directa del Cc. como en Cataluña. Pero si la ejecución de sentencia demostrara que la edificación se hizo en su totalidad en terreno del actor entonces ha de aplicarse con preferencia el artículo 278 CDC, pudiendo el que ha edificado de buena fe retener hasta que el dueño le reintegre el precio de los materiales.

II. Sentencia de 19 de noviembre de 1991.—V. C., S. A., c/ P., SAE: censo en nuda percepción, fideicomiso condicional, diferencias entre los derechos reales y los derechos de crédito, interpretación de los contratos, nulidad del contrato, error en la apreciación de la prueba, legitimación activa, *legitimatio ad causam*.

Contempla esta sentencia un caso de interpretación del contrato. La interpretación de las cláusulas del contrato fundacional de la compañía V., S. A., resulta fundamental y en ello se encuentra el quid de los problemas planteados en el presente litigio, porque mientras V. C. considera que se pactó un censo, P. defiende que se trataba puramente de un derecho de crédito.

El TSJC pone de relieve que la interpretación que la Audiencia hace en el sentido de que en las escrituras de constitución de la sociedad se pactó un derecho de crédito y no un censo sólo pueden ser rebatidas en casación si se tratara de un error evidente o condujera a una conclusión ilógica o desorbitada, pero dicha interpretación es racional y coherente. La decisión de la Sala no se contradice con los términos que aparecen en los documentos, no atenta contra la letra ni contra el sentido ni el alcance de las cláusulas de la escritura y resulta ser la más adecuada a la intención y a la voluntad de las partes. No puede presumirse que se ha constituido un censo enfiteútico de nuda percepción por el hecho de que se otorgue una pensión a cambio de la cesión de un bien y se conceda un derecho de tanteo y retracto de unas fincas aportadas a la sociedad. Además, hay que tener en cuenta que se elude expresamente la calificación de la institución como un censo y que se dice que los derechos de tanteo y retracto «se otorgan con la misma eficacia y se tendrán que ejercitar de la misma manera y en los mismos plazos que ordenan los preceptos que para regular el censo enfiteútico consigna el Cc.». Con ello no se expresa la constitución de un censo, sino que se pretende fijar la normativa aplicable en relación a la del censo y tan sólo en relación al tema del tanteo y retracto; de lo contrario hubiera sido mucho más sencillo calificar la situación creada como un censo. Al no tratarse de un censo, no es posible la redención del mismo que pretende V. C.

El último motivo de casación alega la nulidad de la cesión del canon que realizó su titular a P., S. A. La sentencia pone de relieve que, aunque es cierto que pueden impugnar el contrato nulo las personas a las cuales perjudique la obligación creada, ello no sucede en el caso presente porque los derechos y obligaciones de V., S. A., resultan inalterados sea quien sea la persona que los ostente, por ello el interés en anular dicha compraventa es ajeno a las previsiones protectoras de la ley y radica en las circunstancias y características de la persona que adquiere el derecho. Por tanto, V. debe seguir pagando el canon a P. y permitiendo que dicha sociedad controle su producción.

III. Sentencia de 25 de abril de 1992.—Manuel P. S. c/ Rosario y Juan R. G.: accesión, valoración de las mejoras hechas en finca ajena, derecho de retención, interpretación de las leyes, equidad, incongruencia, prueba de confesión en juicio.

Don Juan y doña Rosario presentaron demanda ante el Juzgado de Berga solicitando se declarara que el demandado don Manuel carecía de título para ocupar y utilizar las fincas de los actores. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia revocó en parte la sentencia estimando el derecho del demandado a retener las citadas fincas hasta que no fuera indemnizado por las mejoras que en ellas realizó.

La sentencia del TSJC desestima el primer motivo de casación porque considera que no produce incongruencia por la divergencia entre el punto

de vista del Tribunal y el de los interesados, siempre que se observe por aquél el respeto por los hechos que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, ya que el juzgador está facultado para fijarlos de forma definitiva según el resultado de las pruebas. La sentencia impugnada no incurre en incongruencia defectiva u omisiva, sino simplemente estima parcialmente las pretensiones.

El segundo motivo de casación que alegaba infracción por inaplicación de los artículos 1.231 y 1.232 del Cc. también es desestimado, ya que en nuestro sistema procesal de libre apreciación de la prueba la confesión no es prueba plena, salvo en el caso de que se preste bajo juramento decisorio.

El último motivo de casación que alega interpretación errónea del artículo 278 CDC es estimado por el Tribunal, ya que la sentencia impugnada declara que el valor de las mejoras se calculará de acuerdo con los precios vigentes en el momento de realizarlas. Por el contrario, el TSJC considera que, aunque es cierto que ni el artículo 278 CDC, ni los autores clásicos catalanes se plantean el tema, ello se debe a que la diferencia entre calcular el importe de la indemnización con criterios nominalistas o realistas no tenía trascendencia cuando el poder adquisitivo de la moneda se mantenía constante. La situación es totalmente diferente en un momento de devaluación monetaria, teniendo también en cuenta que los actores, dueños del suelo, pueden verse obligados a pagar unas construcciones que quizá actualmente no les reporten utilidad.

Por ello, el fundamento cuarto de la sentencia considera equitativo que la indemnización se compute actualizando el valor de los materiales y jornales realmente empleados, pero sólo hasta el límite que supone el valor real de los cobertizos y establos en el estado en que hoy se encuentran. Dicha interpretación concuerda con lo que establece el artículo 215 del Código de Sucesiones catalán, que prevé que las mejoras introducidas en las fincas fideicomitidas se estimen por el aumento de valor que los bienes han experimentado sin que pueda exceder del precio de coste actualizado.

IV. Sentencia de 2 de noviembre de 1992.—Emili P. V., Josep M. G. y Lluís C. V. c/ Juan José B. G., Juan A. Ll., Joaquín O. R., José G. P., Teresa F. F. y P. H., S. A.: fuentes del derecho civil catalán, propiedad de los márgenes que separan las fincas, criterios para determinar los límites entre las fincas colindantes, acción de deslinde, diferencias entre la acción de deslinde y la acción reivindicatoria.

La sentencia se enfrenta al problema de diferenciar la acción de deslinde de la acción reivindicatoria. La parte actora reclamaba que se condenara a los demandados a abstenerse de seguir transitando por un camino de su finca y a retirar los elementos que comunican las fincas de su propiedad con el citado camino. Los demandados reconvienen pidiendo que se declare que la franja de terreno que hay entre el margen y el camino es de su

propiedad y en el supuesto de que esto no se admitiera que se declare la existencia de una servidumbre de paso legal o en última instancia adquirida en virtud de usucapión. El Juzgado desestima la demanda y también la demanda reconvencional. La Audiencia declara que el límite de las fincas se encuentra en la parte inferior del margen, que no existe servidumbre de paso y condena a los propietarios de la finca vecina a no transitar por el camino y a retirar los elementos que comunican las fincas.

La acción ejercitada es calificada por el fundamento de derecho segundo como una acción de deslinde regulada en los artículos 384 a 387 del Cc. Acción que permite a su titular individualizar la cosa sobre la cual ejerce sus facultades dominicales. La acción requiere, según la sentencia, dos presupuestos: primero una situación de confrontación o contigüedad entre dos o más fincas y segundo, que la línea de división sea confusa. Como sucede en el caso en estudio, no se discute el derecho de propiedad, sino que se pide un pronunciamiento sobre una cuestión de hecho. La finalidad de la acción de deslinde es conseguir de los organismos jurisdiccionales un pronunciamiento sobre una cuestión de hecho, ya que se trata de un conflicto entre fincas que se confrontan y ninguno de los propietarios conoce exactamente hasta qué punto de la superficie de su finca llega su derecho de propiedad sobre la misma. El ejercicio de la acción pretende poner fin a las dudas, mientras que el pronunciamiento propio de la acción reivindicatoria es la restitución de la parte de la finca que materialmente poseen los demandados. Aun cuando se adjudica a quien resulta ser propietario una parte de la finca que no poseía, ya que la linea de separación era incierta, la acción ejercitada sigue siendo la de deslinde porque ello es una consecuencia de la fijación de los linderos que persigue la acción.

El tercer motivo de casación invoca la infracción de los artículos 385 y 386 Cc. porque, según el criterio de la parte recurrente, cuando los títulos de propiedad no son suficientes para concretar los límites de las fincas la delimitación debe hacerse basándose en la posesión. El motivo es desestimado porque este criterio únicamente puede utilizarse cuando uno de los propietarios tiene la posesión real y legítima de la franja de terreno en discusión, pero no cuando se ha producido una concurrencia de posesiones. Cuando la posesión no resuelve el litigio, de acuerdo con el 386 del C.c., es pertinente cualquier medio de prueba, entre los cuales tiene particular relevancia la que se deriva del artículo 291 CDC, ya que esta presunción está sólidamente enraizada en Cataluña. Dicha presunción establece que cuando faltan pruebas directas y claras se ha de entender que la línea divisoria entre las fincas ha de situarse al pie del margen del predio superior. Dicha presunción, estima la sentencia, ha de aplicarse con preferencia a la solución que establece el artículo 386 Cc.

V. Sentencia de 9 de noviembre de 1992.—Juan F. A. c/ Ramón P. F.: servidumbre: concepto, acción negatoria de servidumbre, servidumbre de paso, constitución de la servidumbre de paso por usucapión, constitución

de las servidumbres discontinuas por usucapión inmemorial, constitución de servidumbres por signo aparente, servidumbre de luces y vistas, acción declarativa de dominio, acción de deslinde, abuso de derecho, incongruencia, error en la apreciación de la prueba.

Se contempla en esta sentencia de manera fundamental el problema de la diferenciación entre la acción de deslinde y la declarativa de dominio. La Audiencia aprecia que cuando el demandante niega la existencia de una servidumbre de vistas y también la de una servidumbre de paso y el demandado alega que el paso entre su finca y la vecina es de su propiedad o como mínimo es titular de una servidumbre de paso y que por ello es también titular de una servidumbre de vistas, se está ejercitando una acción declarativa de dominio. Por ello, cuando el juzgado sólo resuelve el problema fijando los límites de las fincas está incurriendo en incongruencia *extra petita*, porque si no puede ser determinada la propiedad resulta inadecuado discutir sobre la constitución o denegación de servidumbres.

El fundamento segundo de la sentencia pone de relieve que el demandante no ejerce una acción declarativa de dominio porque ello significaría que la pretensión era la de obtener la expresión judicial del dominio de la finca con la declaración de su propiedad, pero en el litigio no se discutía ni la validez de la titularidad ni su extensión, sino que el debate pretendía la concreta representación física del objeto correspondiente a cada título y la delimitación topográfica del derecho de propiedad, es decir, la aplicación de las determinaciones contenidas en las respectivas escrituras. Esta cuestión resulta fundamental, ya que el ejercicio de las acciones negatorias de servidumbre de vistas y de paso que el agente formula presupone la determinación previa de los límites de las fincas confrontadas. La necesidad de proceder al deslinde deriva del hecho de que resultaba incierta, confusa e indeterminada la línea que separaba las fincas. No se trata de variar los límites, sino de resolver el *confusio finium* de una posesión promiscua.

Verificado el deslinde resulta que el paso discutido ocupa parcialmente las dos fincas, por ello no es posible alegar que sobre él recae la propiedad exclusiva del demandante ni tampoco puede alegarse que se constituyó una servidumbre porque no se prueba dicha constitución. La misma suerte debe correr la alegación de haber adquirido la servidumbre por usucapión porque tratándose de fincas urbanas regía la prohibición del artículo 283.7 CDC.

El Tribunal tampoco aprecia la existencia de abuso de derecho, ya que si el paso resultante del deslinde puede ser estrecho para el demandante ello es consecuencia del legítimo ejercicio del derecho de propiedad. Como consecuencia de todo ello también se estima la acción negatoria de luces y vistas porque el balcón se ha construido sin respetar la distancia de un metro de la vertical del límite de la finca establecido por la acción de deslinde, de acuerdo con el artículo 293 CDC.

JURISPRUDENCIA SOBRE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

En derecho de obligaciones y contratos, el Tribunal Superior de Justicia ha dictado las siguientes sentencias:

I. Sentencia de 29 de mayo de 1991.—Don Ramón A. T. contra don José de H. O.: Ley reguladora de los contratos. Diferencias entre la venta a carta de gracia y el retracto convencional. Venta a carta de gracia: naturaleza jurídica. Rescisión por lesión: determinación del precio lesivo. Interpretación de los contratos. Negocio simulado. Pacto comisorio. Usura. Prueba de presunciones.

Don Ramón A. T. interpuso demanda contra don José de H. O. en la que solicitaba que se declarase la nulidad de la escritura de compraventa otorgada entre demandante y demandado y se declarase que hay que devolver al actor la suma de treinta y tres millones de pesetas de capital y un 18 por 100 anual de intereses, descontando la cantidad de 1.485.000 ptas. ya percibidas por el actor. En el caso de que no prosperase, solicita subsidiariamente que se dé lugar a la rescisión por lesión y se declare alternativamente la condena del demandado a satisfacer 57.502.739 ptas., más los intereses legales desde la transmisión del inmueble o la devolución del inmueble, previo pago por parte del actor de 29.303.511 ptas., más los gastos justificados.

El JPI dictó sentencia con fecha 25 de julio de 1990, en la que se desestima totalmente la demanda interpuesta.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, de fecha 23 de noviembre de 1990, en la que desestima el recurso de apelación formulado y confirma la sentencia de instancia.

Don Ramón A. T. interpuso recurso de casación basado en siete motivos.

Como afirmaciones previas, el TSJC precisa que el derecho aplicable a la obligación contractual (FD 1.º), ex art. 10.5 Cc., es el civil catalán, y, en segundo lugar, efectúa ciertas consideraciones acerca del contrato de compraventa a carta de gracia (FD 1.º, 2.º y 3.º). En ese sentido, señala el TSJC, tras deslindar la compraventa a carta de gracia del retracto convencional, que la finalidad actual del contrato de «empenyorament» es la de obtener, por parte del vendedor, dinero sin desprenderse irrevocablemente de la cosa, por lo general inmueble. El comprador, en cambio, adquiere un dominio temporalmente irrevocable si no se ejercita el derecho a redimir. De ese modo, el contrato de «empenyorament» desdobra el dominio en dos derechos reales: el dominio resoluble del comprador y el derecho a redimir del vendedor.

Estas consideraciones acerca del contrato de compraventa a carta de gracia o «empenyorament» llevan a la desestimación de los tres primeros motivos del recurso. En éstos se aduce, en primer lugar, que el contrato

realizado encubre un préstamo con garantía, en el segundo, que no se aplica la jurisprudencia respecto de la *fiducia cum creditore* y en el tercero, que se inaplica la jurisprudencia referente a los negocios simulados. La desestimación se basa en que el contrato de compraventa a carta de gracia no encubre un préstamo con garantía, pues su finalidad misma es cumplir una función de garantía; lo contrario sucedería si se tratara de una compraventa con un pacto de retro añadido. Esta afirmación lleva aparejada la desestimación de la inaplicación de la jurisprudencia relativa a la fiducia *cum creditore* y a la simulación.

El cuarto de los motivos denuncia la infracción del art. 1.859 del Código civil, en el que se prohíbe el pacto comisorio. El TSJC (FD 6.º) sostiene que no existe una prohibición general del pacto comisorio. Aunque el art. 1.859 y 1.884 prohíban que el acreedor hipotecario, pignoraticio y anticrético puedan apropiarse las cosas dadas en garantía, el art. 1.504 del citado texto parece admitirlo. En la compraventa a carta de gracia, la propiedad del bien resulta adquirida por el comprador en el momento de la perfección del contrato y no debido al incumplimiento del vendedor. Así pues, al no ser reducible el contrato de «empenyoramiento» a un préstamo con garantía real y pacto comisorio no se da la infracción denunciada.

El sexto motivo aduce la infracción por inaplicación de los arts. 1, 2, 3, 8 y 9 de la Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamo usurarios. El TSJC (FD 7.º) sostiene que si el negocio que se articula a través de un «empenyoramiento» es equivalente a un préstamo usurario será de aplicación la Ley Azcárate. Sin embargo, al ser un cuestión nueva en casación procede su desestimación.

Los dos últimos motivos del recurso pretenden que, si se estima que el negocio celebrado es de compraventa, ésta se rescinda por lesión, basándose en error en la apreciación de la prueba y en la inaplicación de los arts. 321 a 325 CDC. El rechazo de ambos motivos se justifica en que el juez *a quo* llega a la consideración que el actor no ha probado que mediara lesión en más de la mitad del precio justo.

El quinto de los motivos denuncia la infracción de los arts. 1.249 y 1.253 del Código al no aplicarse la prueba de presunciones, esto es, que según el recurrente la verdadera voluntad de las partes fue otorgar y aceptar un préstamo. Al no darse los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la estimación de este motivo de casación (cita el TSJC las SSTS de 30-4-1990, 21-10 y 9-12-1984 y 26-4-1984), procede su desestimación.

Por tanto, el rechazo de todos los motivos de casación propuestos conduce a la desestimación del recurso planteado.

II. Sentencia de 11 de julio de 1991.—Don Francisco V. B. contra F. del C., S. A.: Contratos coligados. Arrendamientos y opción de compra. Interpretación de los contratos.

F. I. del C., S. A., formuló demanda contra don Francisco V. B. en la que solicitaba que se condenase al demandado a otorgar escritura pública de compraventa por un precio de 45.000.000, en virtud de ejercicio de un derecho de opción de compra. Los hechos que ocasionaron el litigio se remontan a un documento privado de 1981 en que el demandado concedía un derecho de opción de compra a las Sociedades PTI E., S. A., I. de G., S. A., y F. I. del C., S. A., sobre una finca de su propiedad que cedía en arriendo a las citadas sociedades. En el año 1984 se promovió demanda de desahucio por falta de pago, que fue desestimada. En 1985 el administrador de las tres Sociedades firmó un documento privado por el que se comprometía a dejar libres los locales a cambio de la condonación de los alquileres hasta la fecha devengados. En 1986 el demandado promovió demanda en concepto de indemnización por demora en el desalojo de los locales arrendados, que fue estimada por el JPI de Granollers. En el mismo año el demandado firmó un documento privado en el que reconocía recibir del administrador de las citadas sociedades las llaves de los locales objeto del arriendo. En 1989 el demandado recibió una carta, por conducto notarial, en la que se le comunicaba que F. I. del C., S. A., ejercitaba la opción de compra. El 5 de abril de 1989 se formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Francisco V. B.

El JPI dictó sentencia, con fecha de 23 de enero de 1990, en la que desestimaba totalmente la demanda.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha de 13 de diciembre de 1990, en la que decidió estimar el recurso y condenó a don Francisco V. B. a otorgar escritura pública de compraventa en favor de F. I. del C., S. A.

El demandado interpuso recurso de casación. En el cuarto motivo de casación se denuncia infracción de los artículos 1.281, 1.285 y 1.287 del Código civil, por cuanto la Audiencia considera los contratos de arrendamiento y opción de compra como contratos independientes y yuxtapuestos y no como un contrato mixto y complejo, de tal modo que puede ejercitarse la opción sin necesidad de que subsista el arriendo. El TSJC (FD 3.^º) considera que el arrendamiento con opción de compra es uno de los supuestos de contratos coligados que da lugar a la unión de diferentes contratos en un solo negocio jurídico, para así conseguir la finalidad que persiguen las partes. En sede de interpretación de contratos tiene una gran relevancia el criterio de la intención de los contratantes (ex art. 1.281), no obstante en el presente caso ésta no se evidencia y es necesario averiguarla. Según esa perspectiva subjetivista, el TSJC (FD 4.^º) entiende que en la intención de los contratantes se configuraba como un solo contrato. Asimismo desde una perspectiva objetiva el arrendamiento y la opción de compra constituyen una unidad contractual, por cuanto, afirma el TSJC, así se desprende del sentido lógico, del sustrato económico y de la utilidad práctica.

Estimado este motivo y sin necesidad de examinar los cuatro restantes, el TSJC da lugar al recurso, por lo que decide revocar la sentencia de la Audiencia y confirmar la de primera instancia.

III. Sentencia de 7 de octubre de 1991.—Don Gonzalo F. O. contra don Joaquín C. B.: Ley reguladora de la rescisión por lesión. Contratos rescindibles: compraventa perfeccionada, aunque falte la entrega o tradición de la cosa. Determinación del precio lesivo. Arras. Error en la apreciación de la prueba.

Don Joaquín C. B. formuló demanda contra don Gonzalo F. C. en la que solicitaba que se dictara sentencia dando lugar a la rescisión por lesión del contrato de compraventa firmado el 25 de febrero de 1988. El JPI dictó sentencia, con fecha de 14 de septiembre de 1990, en la que estimaba la demanda, declarando la rescisión, y rechazaba la reconvención formulada por el demandado.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha de 22 de diciembre de 1990, en la que se desestimaba el recurso de apelación.

El demandado interpuso recurso de casación ante el TSJC.

En el primer motivo de casación se denuncia error en la apreciación de la prueba e infracción del artículo 14.1. del Código civil, al señalar que el comprador no ostenta la vecindad civil catalana, y el vendedor no ha probado ser catalán. El TSJC rechaza el motivo, en cuanto al error en la apreciación de la prueba por equivocación en el ordinal en que se debía fundamentar, y, respecto de la vecindad civil, puesto que en la rescisión por lesión rige como punto de conexión la situación de la cosa (FD 1.º).

Los motivos segundo y quinto aducen error en la apreciación de la prueba documental y testifical. El hecho denunciado de que el piso se encontraba arrendado (FD 2.º) no es óbice para que prospere la rescisión. En primer lugar, no es necesario para el ejercicio de la acción de rescisión la notificación al arrendatario para que pueda ejercitarse su derecho de tanteo y, en segundo lugar, respecto del hecho que el arrendamiento no se tuvo en cuenta en el dictamen pericial que determinó el precio justo, se concluye que es cuestión nueva en casación y que ni aun descontándolo se evita la rescisión.

El tercer motivo de casación aduce que no debe proceder la rescisión porque no se hizo entrega del inmueble y alega para ello infracción de los artículos 321.2 CDC, 1.095, 1.462, 1.464 y 1.469 del Código civil. El TSJC desestima el motivo (FD 3.º) por cuanto para la rescisión del contrato es innecesario que se haya producido su consumación.

El cuarto de los motivos de casación plantea la infracción del art. 324 de la Compilación en relación con el art. 1.295 del Código. Aduce la parte recurrente que no se puede admitir que una rescisión (no por lesión) solicitada y admitida por la otra parte, dé lugar a que la parte actora se quede con las arras. El motivo es desestimado porque se trata de una cuestión

nueva en casación y aún más, puesto que no consta si el comprador prefiere la rescisión u opta por completar el precio. Estas consideraciones conducen asimismo a la desestimación del sexto motivo, en el que se denunciaba la infracción de los artículos 1.281 y 1.454 del Código.

El rechazo de todos los motivos lleva aparejada la desestimación del recurso de casación.

IV. Sentencia de 31 de octubre de 1991.—Don Antonio P. C. y doña Consuelo Z. B. contra don Miguel P. R., don Antonio María C. M. y doña María Gloria B. M.: Renuncia al derecho de «lluir i quitar» Negocio fiduciario. *Fiducia cum creditore*. Pacto comisorio.

El relato fáctico que motivó el presente recurso de casación es el siguiente. El 24 de mayo de 1976 la Sra. Z., propietaria de un piso, concede al Sr. P., en documento privado, un derecho de opción de compra. Posteriormente el documento privado resulta elevado a público. Ese mismo día en que se protocoliza el documento, el notario autoriza un contrato que denomina «contrato de compraventa con pacto de retro», por el que, mediante ejercicio de la opción de compra, la Sra. Z. vende el piso. En virtud de ese pacto de retro la vendedora se reserva el derecho de adquirir la finca que vende hasta el 31 de diciembre de 1977 y por el mismo precio. El 13 de abril de 1977, la Sra. Z. otorga escritura que el notario denomina «renuncia», por la que da por caducado el derecho a poder adquirir la finca, a cambio de una contraprestación dineraria. Doña Consuelo Z., su marido y don Miguel P. R. protocolizan un documento en el que la Sra. Z. reconoce adeudar a don Miguel P. R. la cantidad de 1.500.000 ptas. El acreedor concede a la deudora un derecho de retracto convencional sobre el piso citado. La deudora no hizo efectivos los citados pagos y el acreedor, con fecha de 11 de diciembre de 1978, le notificó que daba por resuelto de pleno derecho el retracto convencional. En 1979 el Sr. P. formula demanda de desahucio que finaliza con el lanzamiento de la Sra. Z. y su familia del mencionado piso. La Sra. Z. interpuso querella por usura que fue sobreseída en 1981. El 13 de noviembre de 1981 el Sr. P. vendió el piso al matrimonio C.-B. El 23 de julio de 1987 don Antonio P. C. y doña Consuelo Z. B. interpusieron demanda contra don Miguel P. R., don Antonio María C. M. y doña María Gloria B. M., en la que se solicitaba que se dictase sentencia declarando que el contrato de opción de compra y la escritura de compraventa con pacto de retro son nulos de pleno derecho, así como los actos que traen causa de ellos, entre otros, la renuncia al derecho de retrair o la compraventa del piso. Por consiguiente, se solicita asimismo que se entregue a la parte demandante la citada vivienda y, en el caso de que no sea posible, por ser los compradores terceros registrales de buena fe, se condene a don Miguel P. R. a abonar 8.000.000 de pesetas (o la cantidad mayor o menor que se fijare) como valor de la vivienda, más los intereses de la cantidad y los frutos de la cosa.

El JPI dictó sentencia, con fecha de 18 de octubre de 1989, en la que estimando parcialmente la demanda, absolvio a los compradores y declaró nulos el contrato de opción de compra, la compraventa con pacto de retro y aquellos que traen causa de éstos y, en consecuencia, condena a don Miguel P. a la entrega de 7.352.967 ptas., más los intereses y frutos.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia de 16 de abril de 1991 en la que se revocó la de primera instancia, desestimando todas las peticiones de la demanda.

Contra la resolución de la Audiencia se formalizó recurso de casación, basado en la infracción del artículo 326 de la Compilación, infracción de la jurisprudencia acerca del negocio fiduciario e infracción de los artículos 6.4, 1.275, 1.858 y 1.959 del Código civil.

La pretendida infracción del art. 326 de la Compilación, en el que se regula la compraventa a carta de gracia es rechazado por el TSJC, por cuanto se trata de un precepto ni alegado ni invocado en la instancia.

El segundo motivo, en el que se aduce infracción de la doctrina jurisprudencial respecto del negocio fiduciario, resulta desestimado por el TSJC, puesto que si bien en un principio la compraventa se instrumentó con funciones de garantía, con posterioridad, y a lo largo del complejo *iter* negocial, de los actos coetáneos y posteriores se desprende que las partes aceptaron la transmisión de la propiedad al Sr. Permanyer (FD 3.º).

El tercero de los motivos, en el que se denuncia, básicamente, la violación de la prohibición del pacto comisorio también resulta rechazado. El Tribunal Superior considera, en primer lugar, que en el caso planteado no se llevó a cabo ni un contrato de prenda ni la constitución de un derecho real de hipoteca; en segundo lugar, que la prohibición del pacto comisorio, a diferencia del derecho romano, no es de carácter general en nuestro ordenamiento y, por último, porque en el presente litigio la finca no pasó a la propiedad del acreedor por un acto unilateral, sino que fue la deudora la que renunció a su derecho de retracto, reconociendo la propiedad del acreedor (FD 4.º).

El rechazo de todos los motivos propuestos conduce a la desestimación íntegra del recurso de casación.

V. Sentencia de 12 de noviembre de 1991.—Don Jaime A. T., en su calidad de heredero de doña Remedios T. C., contra don Rafael B. J.: Rescisión por lesión: concepto. *Negotium mixtum cum donatione*. Negocio simulado. Incongruencia. Error en la apreciación de la prueba. Prueba de presunciones.

Doña Remedios T. C. interpuso demanda contra don Rafael B. J. y doña Miquela-Francisca P. B., en la que se solicitaba que se dictase sentencia que declarase la rescisión por lesión del contrato de compraventa formalizado el 20 de octubre de 1987, la cancelación de los asientos registrales y las costas del litigio.

El JPI dictó sentencia el 27 de junio de 1990, en la que estimó la demanda, declaró la rescisión de la compraventa, por lesión en más de la mitad de su justo precio, ordenó la cancelación de los asientos registrales e impuso las costas a la parte demandada.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha de 1 de febrero de 1991, en la que se estimaba el recurso de apelación. De ahí que la Audiencia revocara íntegramente la resolución de primera instancia y, en consecuencia, desestimara totalmente la demanda.

Contra la resolución de la Audiencia, se formalizó recurso de casación ante el Tribunal Superior. En el primer motivo se denuncia la infracción del art. 359 de la LEC, puesto que se considera que la resolución de la Audiencia es incongruente. El TSJC rechaza este primer motivo casacional, fundamentalmente, por tres razones. La primera, basada en que la sentencia de segunda instancia es absolutoria y, en términos generales, este tipo de sentencias no pueden ser incongruentes (FD 2.º). La segunda, por cuanto la sentencia no se aleja, como alega el recurrente, de los hechos invocados en los escritos iniciales del litigio, sino que valora su realidad con la apreciación conjunta de la prueba que realiza. Si bien, el actor afirma que podía haber ocurrido un posible vicio del consentimiento en el contrato de compraventa, únicamente ejercita la acción rescisoria prevista en los artículos 321 y ss. de la Compilación. La parte demandada se opone a la demanda y manifiesta que el precio confesado (menor a la mitad del precio justo) responde al importe de los servicios, atenciones, alimentos, medicinas y vestidos que los compradores, durante largo tiempo, prestaron a la vendedora y que este valor se compensó con el otorgamiento de la compraventa. Consiguientemente, la sentencia de la Audiencia no puede devenir incongruente por el solo hecho de rechazar las pretensiones del actor.

La tercera razón estriba en que la Audiencia desestima la demanda por el hecho de que la causa del contrato que se pretende rescindir no es onerosa, sino en parte gratuita. Considera que la relación contractual la constituye un negocio mixto, siendo su causa el resultado de una onerosa y otra gratuita. Esa caracterización es la que permite comprender la desproporción entre el precio en venta y el expresado.

El segundo motivo de casación aduce error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos. Motivo que es rechazado por el TSJC (FD 3.º), puesto que no resulta probado el error en la apreciación de la prueba ni demostrada la equivocación del juzgador.

El tercer motivo casacional denuncia la aplicación incorrecta del art. 1.253 del Código. La presunción a que llega la Audiencia, esto es, a presumir un componente de liberalidad que convierte el negocio en uno mixto, supone la aplicación del art. 321.2 CDC y la imposibilidad de rescindir por lesión. Al no ser la inferencia establecida, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contraria a las reglas de la lógica y

adecuarse al caso enjuiciado según lo dispuesto en los arts. 1.215 y 1.249 del Código, procede la desestimación del motivo.

La total desestimación de los motivos casacionales lleva aparejada la del recurso de casación.

VI. Sentencia de 30 de enero de 1992.—Don Manuel C. E., doña María C. N. y doña María Amparo E. C. contra Banco Bilbao Vizcaya, S. A.: Ley reguladora de las donaciones. Rescisión en fraude de acreedores. Caducidad de la acción rescisoria en fraude de acreedores: cómputo del plazo. Insinuación de las donaciones. Acción subrogatoria. Error en la apreciación de la prueba.

El Banco Bilbao Vizcaya interpuso demanda ante el JPI en la que solicitaba que se declarase que el contrato de donación suscrito en 1984 por los demandados (don Manuel C. E., su cónyuge, una hija y una nieta de ellos) se celebró en fraude de acreedores.

El JPI, en sentencia de 3 de diciembre de 1990, consideró que la acción ejercitada por el Banco había caducado, por haber transcurrido los cuatro años, que previene el art. 1.299 Cc., contados desde el otorgamiento de la escritura.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la sentencia de instancia, al entender que era de aplicación el art. 340 de la Compilación, según el cual nunca perjudican a los acreedores del donante las donaciones posteriores a la fecha del hecho origen del crédito (sentencia de 15 de junio de 1991).

Don Manuel C., doña María C. N. y doña María Amparo E. C. formalizaron recurso de casación ante el TSJC.

El primero de los motivos de casación se basan en un pretendido error en la apreciación de la prueba, por considerar el recurrente que los donantes de la finca se hallaban sujetos al régimen del derecho civil común, al ser el régimen económico matrimonial el de gananciales. El TSJC (FD 2.º) rechaza el motivo, por cuanto no se discute el régimen económico matrimonial y, porque aunque así fuera, éste es perfectamente compatible con la vecindad catalana, adquirida por los cónyuges.

El segundo motivo casacional considera que existe infracción normativa y jurisprudencial. En primer lugar, se sustenta infracción del art. 10.7 del Código por entender que la sentencia de la Audiencia sustituye la expresión «las donaciones se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante», por la «ley regional del donante». El Tribunal Superior (FD 3.º) estima rechazable el motivo, al ser de aplicación la presente norma en virtud de la remisión del art. 16 del Código.

En segundo lugar, se aduce infracción de los arts. 1.111, 1.291.3 y 1.294 del Código. Entienden los recurrentes que el carácter subsidiario de la acción subrogatoria y pauliana ha de referirse al momento en que se

otorga el contrato, mas no al de interposición de la demanda. Sin embargo, la consideración del fraude por los tribunales de instancia, la innecesidad de obtener una declaración previa de que el demandado carece de todo otro recurso legal, así como el agotamiento de todos los medios para cobrar su crédito, al alcance del demandante, cumplen los requisitos legales que permiten el ejercicio de la acción revocatoria.

En tercer lugar, se alega infracción, por inaplicación, de los arts. 1.299 y 1.969 del Código, así como del art. 37 de la Ley Hipotecaria. Se pretendía con este motivo señalar que la acción ejercitada caducaba a los cuatro años y que el inicio del cómputo se correspondía con la fecha de la enajenación fraudulenta.

El TSJC (FD 3.^º) entiende que hay que partir de la aplicación al presente litigio del art. 340 de la Compilación y de la aplicación supletoria del art. 1.299 del Código, en cuanto que establece un plazo de cuatro años de caducidad para el ejercicio de la acción.

El Tribunal, tras examinar los antecedentes históricos del art. 340 CDC (Constitución «Per tolre fraus...», dada por Fernando II en las Cortes de Barcelona en 1503), afirma que de la intelección de los arts. 340 CDC y 1.299 Cc., es posible, ante su silencio, sostener dos soluciones: la primera, según la cual el plazo para el ejercicio de la acción se iniciaría en la enajenación fraudulenta, criterio que se cohonesta con el del art. 37 de la LH; la segunda, que el cómputo se inicia el día en que la acción pudo ejercitarse, según la interpretación subjetiva que la jurisprudencia del TS atribuye al art. 1.969 del Código civil.

El Tribunal Superior estima como solución correcta esta última, por cuanto, en primer término, la tradición jurídica catalana se orienta en ese sentido y porque la doctrina más autorizada opina que el plazo ha de iniciarse desde el conocimiento por el acreedor de la ocultación fraudulenta, dada la facilidad de éstas por parte de los acreedores, y, en segundo término, porque la jurisprudencia del TS, en materia arrendaticia, ha mantenido el criterio del inicio del cómputo desde el momento en que pudo ejercitarse y no mientras esté oculto o clandestino el hecho.

Por último, se alude infracción de la jurisprudencia respecto de los arts. 1.111, 1.291.3, 1.294, 1.299 y 1.969 del Código. El TSJC rechaza asimismo este motivo casacional.

El rechazo de todos los motivos de casación lleva aparejada la desestimación del recurso de casación.

VII. Sentencia de 8 de julio de 1992.—Don Antonio G. A. y doña Ana P. F. contra don José María C. P., Don Enrique C. V. y doña Ana María G. C.: Rescisión por lesión: fundamento. Contratos no rescindibles: *negotium mixtum cum donatione*. Presunciones y vía legal para impugnarlas en casación.

Doña María C. presentó demanda contra su hermano José C. P. y contra don Enrique C. y doña Ana María G. La alegación de la demandante se fundamentaba en los siguientes hechos. Por escritura de 27 de septiembre de 1985 vendió a su hermano cinco fincas de su propiedad por un importe total de 400.000 pesetas, cantidad inferior a la mitad del precio justo en la fecha de la venta. Por consiguiente, la demandante pretendía que, de acuerdo con los arts. 321 y ss. de la Compilación, la citada compraventa fuera rescindida por lesión. La acción se dirige asimismo contra los otros demandados por haber sido adquirentes posteriores de una de las fincas objeto de la compraventa.

El JPI (sentencia de 3 de mayo de 1991) y la Audiencia Provincial desestiman íntegramente la demanda (sentencia de 15 de noviembre de 1991). Contra la sentencia de la Audiencia, se interpuso recurso de casación ante el TSJC por los herederos de doña María C. (don Antonio G. A. y doña Ana P. F.).

La principal cuestión discutida se fundamenta en el primer motivo de casación, esto es, la existencia o no de liberalidad en el contrato de compraventa otorgado entre los hermanos. La Audiencia Provincial de Lérida presume la existencia de un ánimo de liberalidad en la vendedora. El ataque efectuado por la parte recurrente a la presunción efectuada por la Sala de instancia no puede prosperar (FD 3.º), no sólo por el error en el ordinal del art. 1.692 en que se fundamenta el ataque del hecho básico (se aduce el 1.692.5.º cuando debería haberse basado en el 1.692.4.º), sino también por cuanto la presunción establecida por el Tribunal de instancia sólo puede atacarse, conforme a la jurisprudencia del TS, cuando éste la funde en un razonamiento contrario a la lógica o cuando la inferencia establecida sea contraria a las reglas del criterio humano.

La denuncia de la infracción del art. 1.214 del Código tampoco puede prosperar, puesto que el tribunal de instancia no ha invertido la carga de la prueba. En realidad, son los recurrentes los que combaten la valoración de la prueba realizada por la instancia, sustituyéndola por su criterio particular (FD 3.º).

Por tanto, al estar ante una excepción al ejercicio de la acción rescisoria, como es la prevista en el apartado 2.º del art. 321 por la existencia de un ánimo de liberalidad, el principal motivo del recurso no puede prosperar. Por ello, el TSJC concluye la total desestimación del recurso de casación.

VIII. Sentencia de 20 de octubre de 1992.—Don Josep R. B. contra don Juan S. F.: Rescisión por lesión: determinación del precio lesivo. Prueba de la lesión.

Facultad del adquirente de completar el precio. Efectos de la rescisión por lesión. Adquisición derivativa del derecho de propiedad. *Traditio* real. Recurso de casación: naturaleza jurídica. Prueba pericial. Error en la apreciación de la prueba.

Los hechos que originan el presente recurso son los siguientes: El 17 de febrero de 1989 don Josep R. B. formuló demanda en la que solicitaba se le declarase propietario de cuatro fincas. El demandado, don Juan S. F., se opuso negando la calidad de propietario del actor, puesto que, si bien el 2 de mayo de 1988 se celebró en documento privado la compraventa de las fincas, no tuvo lugar la tradición, y reconvino ejercitando acción de rescisión por lesión.

El 29 de mayo de 1989, el demandante formuló nueva demanda contra don Juan S. F., en la que se solicitaba se condenase al demandado a otorgar escritura pública de venta. Para el caso de que se entendiera que el actor no tiene la posesión, se condene al demandado a entregársela y, para el caso de que se rescinda el contrato por lesión se condene al demandado a abonar la suma que se acredice que el Sr. R. ha abonado al Ayuntamiento de Palafrugell por razón de las obras de urbanización.

Por Auto de 14 de marzo de 1990 se acordó la acumulación. El 5 de septiembre de 1991 el JPI dictó sentencia en la que desestimó la demanda y estimó la reconvenCIÓN, declarando la rescisión del contrato de compraventa, con la consecuencia de devolverse las prestaciones y las sumas que por razón de las obras de urbanización se hubiesen abonado al Ayuntamiento de Palafrugell.

Presentado recurso de aclaración por don Juan S. F., recayó Auto en el que se aclara la sentencia añadiendo a la parte dispositiva de la misma que el valor de la finca se cifra en 73.664.080 pesetas, pudiendo la parte compradora evitar la rescisión mediante el pago del complemento.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Gerona dictó sentencia el 13 de abril de 1992 confirmatoria de la de instancia.

Contra la resolución de la Audiencia se interpuso recurso de casación. En el primero de los motivos se aduce infracción del art. 323.2 CDC («per tal d'apreciar l'existència de la lesió hom s'atindrà al preu just o sia al valor de venda que les coses tinguessin al temps d'ésser atorgat el contracte en relació amb altres d'iguals o d'anàlogues circumstàncies a la respectiva localitat, baldament el contracte es consumés després»). Opina el TSJC (FD 2.^º) que esta norma no ha sido vulnerada, por cuanto se ha fijado el valor en venta al tiempo de la perfección del contrato. Asimismo se añade por el recurrente que no se ha respetado el art. 323 en su aspecto confrontativo: «d'iguals o d'anàlogues circumstàncies de la respectiva localitat». Tampoco estima el TSJC la denunciada infracción, en primer lugar, porque se trata de un criterio orientativo y, en segundo lugar, porque los supuestos de comparación alegados no son idóneos.

El segundo motivo casacional aduce infracción del art. 1.214 del Código y de la jurisprudencia que imponen al vendedor la carga de la prueba de la lesión. El citado motivo también perece porque la vulneración se daría en una clara situación de falta de prueba en el que el tribunal de instancia infringiera la carga probatoria, cuando en el caso en examen existió una clara apreciación probatoria que determinó la lesión (FD 3.^º).

En los motivos tercero y cuarto se alega infracción del art. 1.462.1 del Código civil y de la jurisprudencia, así como infracción del art. 609 del mismo texto legal. El TSJC desestima los mentados motivos porque en instancia ha quedado probado que la entrega posesoria no ha acaecido, quedando vedado en casación la valoración de la prueba testifical.

El quinto motivo denuncia infracción del art. 1.280 del Código, por no condenarse al demandado a la elevación a escritura pública del documento privado. Se rechaza el citado motivo, en primer término porque se pidió como subsidiario para el caso de que no se estimase la acción de rescisión, como por contra aconteció, y, en segundo término, puesto que el demandado no se opuso a ese pedimento, hallándose totalmente dispuesto a cumplirlo (FD 5.º).

El sexto motivo denuncia infracción del art. 1.461 del Código. La desestimación del mismo se debe a que tal entrega tan sólo procedería en el caso de que el recurrente optase por el complemento del precio.

Los dos últimos motivos alegan infracción del art. 324 de la Compilación, 1.295 del Código y de la jurisprudencia sobre enriquecimiento injusto, por entender el recurrente que no se toma en consideración el abono de la cantidad abonada por el demandante al Ayuntamiento de Palafrugell. Los citados motivos son rechazados porque la resolución de instancia comprende la cantidad expresada (FD 7.º).

El rechazo de todos los motivos de casación lleva consigo la desestimación del recurso de casación.

IX. Sentencia de 21 de diciembre de 1992.—Don Ramón V. G. contra doña María Isabel M. T.: Rescisión por lesión: determinación del precio lesivo. Facultad del adquirente de completar el precio: configuración jurídica. Elevación a escritura pública de un contrato privado de compraventa: no procede decretarla si se estima la demanda de rescisión por lesión. Fraude procesal. *Reformatio in peius*. Carga de la prueba. Prueba de confesión en juicio. Prueba pericial.

Los antecedentes de hecho que dan lugar al recurso de casación son los siguientes. Don Ramón V. G. formuló demanda en la que solicitaba que se condenase a doña María Isabel M. T. a elevar a público el contrato de compraventa otorgado en 1987. La demandada contesta a la demanda y formula reconvención en la que interesa que se declare rescindido por lesión «ultra dimidium» el contrato de compraventa.

El JPI desestima la demanda y estima la reconvención, dando lugar a la rescisión.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona confirma, por medio de sentencia de 23 de marzo de 1992, la resolución de la primera instancia.

Contra la resolución de la Audiencia se interpone recurso de casación ante el TSJC, al amparo de cuatro motivos de casación.

El primero de los motivos se basa en una pretendida infracción del art. 1.279 en relación con el 1.280 del Código civil. El citado motivo no prospera por cuanto la instancia condiciona la elevación a escritura pública al resultado de la reconvención. Al ser ésta estimada y declararse la rescisión, no prospera la pretensión de elevación a documento público. Es más, aun en el caso de que el comprador optase por cubrir la diferencia y subsista el vínculo contractual «tal evento no pasa de ser una hipótesis que requiere la expresa voluntad del ejercicio, y que por ende no puede ser contemplada en términos de condena en tanto no se produzca» (FD 2.^º). De todas formas, añade el TSJC, la escritura pública habría de otorgarse por el precio declarado justo, con lo que tampoco sería oportuna la elevación del documento privado a público.

En el segundo motivo de casación se incluyen tres submotivos. En el primero de ellos se aduce por el recurrente que la sentencia recurrida vulnera el art. 323.2 de la Compilación, por haber tenido en cuenta el valor-renta. El TSJC entiende que la sentencia de instancia no infringió el art. 323.2, por cuanto tomó en consideración el valor en venta, aunque para llegar a él tomase en consideración el valor en renta (FD 3.^º). El segundo submotive alega que no ha quedado probado el valor en venta de la finca y, por tanto, sin demostrar la lesión. El rechazo del presente submotive estriba en plantear en casación un tema de apreciación o valoración probatoria sin ningún fundamento legal. El tercer submotive denuncia la infracción del art. 323.2 de la Compilación en relación con el 1.232 del Código civil, puesto que la propia demandada reconoce que el precio concertado era el de mercado. Al igual que en el anterior submotive, se trata de atacar en casación una valoración probatoria, cuestionando uno de sus elementos integrantes, cual es la confesión.

El tercer motivo casacional se fundamenta en la infracción de varios preceptos legales referentes al censo enfitéutico, para denunciar que no se ha tenido en cuenta el gravamen del censo con dominio existente sobre la finca a efectos de determinar el precio justo. El TSJC desestima el motivo no sólo por tratarse de un tema de valoración probatoria y, por tanto, excluido de casación, sino además porque para fundamentar tal motivo se aducen preceptos sustantivos y no procesales.

En el último motivo de casación, el recurrente alega la infracción del art. 325 CDC. La primera petición del recurrente solicita que se declare de forma precisa el precio justo. La desestimación se basa en que la determinación del precio justo ya ha sido efectuada por la instancia. La segunda petición señala que la facultad de completar el precio por parte del comprador ha de figurar expresamente en la parte dispositiva de la sentencia. El rechazo se justifica en que la facultad de completar el precio es una facultad conferida por la ley, con lo que no es necesario un pronunciamiento expreso para concederla (FD 5.^º).

La desestimación de todos los motivos de casación conduce a la del recurso de casación formulado ante el TSJC.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIAS COMENTADAS

DOBLE VENTA, VENTA DE COSA AJENA, EL PRINCIPIO DEL TÍTULO Y MODO Y LAS ADQUISICIONES «A NON DOMINO». BUENA FE «EX» ART. 1.473 CC

(Comentario a la STS, Sala 1.^a, 11 de abril de 1992)¹

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Dos fincas sufren procedimiento de ejecución en Barcelona por el que, tras ser embargadas desde 1974, con la consiguiente anotación preventiva, son rematadas el 28-1-1980 por 11 millones y medio en favor del señor J. (presumiblemente un profesional en estas lides, un «subastero»), quien cede el remate a los gestores de la sociedad en formación Lenvo, S. A., como se formaliza en escritura pública el 21-5-1980. Sin embargo, la adquisición no logra acceder al Registro de la propiedad de Arcos de la Frontera, pese a presentarse la escritura pública hasta en seis ocasiones, por diversas faltas (subsanables, se sobreentiende) que la sentencia no describe. En el ínterin, las mismas fincas, como consecuencia de otro procedimiento de ejecución paralelo que se tramita en Madrid, tras ser embargadas desde 1975, son adjudicadas el 16-4-1982 en 8 millones (que ni siquiera cubrían las dos terceras partes del tipo de la segunda subasta) en favor del señor V. S. (sin duda, otro «subastero», pues había pujado ya sin éxito en la primera subasta de 1980), quien cede el remate al Ayuntamiento de Arcos de la Frontera. Al advertir este cesionario la previa adjudicación de esas mismas fincas en Barcelona y que la escritura de adjudicación había sido presentada en el Registro de Arcos, solicitó al Juzgado de Madrid que decretara la nulidad de todo lo actuado en su procedimiento de apremio. Se desestima la petición por auto, porque se ordena la deducción de testimonios y su remisión al Juzgado-Decano de los de Barcelona «por si los hechos pudieran constituir

¹ R. A. 3.096. Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales. Sentencia comentada por CARRIÓN OLmos, en CCJC, núm. 29, 1992, n. 766.

un delito de estafa, en la realización de la venta, comprendido en el art. 531 del Código penal». No obstante todo ello, con fecha 6-6-1983 el magistrado-juez de Madrid, actuando en representación del deudor-ejecutado, otorgó escritura pública de venta que, presentada en el Registro de la propiedad de Arcos el 29-6-1983, alcanzó la inscripción con fecha de 28-7-1983.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Para la adecuada comprensión y subsiguiente resolución del presente recurso se estima imprescindible dejar consignados con detalle los siguientes antecedentes previos: Primero. Dos fincas urbanas sitas en Arcos de la Frontera, una de ellas en la calle de la Misericordia o Núñez de Prado, número 8 antiguo y 4 moderno, y la otra en la calle San Pedro, número 7 antiguo y 2 moderno, que integran el conjunto llamado «Casa del Mayorazgo», eran propiedad de los esposos don Elio B. U. y doña Mercedes L. C., a cuyo nombre, y para su sociedad conyugal, figuraban inscritas en el Registro de la Propiedad de Arcos de la Frontera, como fincas registrales núms. 4918-N y 3057-N, respectivamente. Segundo. En juicio ejecutivo promovido por la entidad mercantil «Naulover, S. A.» contra don Elio B. U. y tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número ocho de Barcelona (autos número 878/1974) se trtó embargo sobre las dos fincas urbanas anteriormente referidas, que fue anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad de Arcos de la Frontera en 11-12-1974, cuya anotación preventiva fue prorrogada (en 11-12-1978) por cuatro años más. En ejecución (vía de apremio) de la sentencia firme de remate recaída en el expresado juicio ejecutivo, las dos aludidas fincas urbanas fueron sacadas a pública subasta, la que se celebró el día 28-1-1980 y en la que intervinieron como postores don Juan-María V. S. del A., abogado y vecino de Jerez de la Frontera, y don José-Jean-Joseph C., siendo aprobado el remate, por el precio total de once millones seiscientas tres mil pesetas, en favor del señor C. (mejor postor), quien cedió el remate a la entidad mercantil «Lenvo, S. A.». Consignado en el Juzgado el precio del remate por la entidad cesionario del mismo y, a virtud del requerimiento que, al efecto, les hizo el Juzgado, los esposos deudores don Elio B. U. y doña Mercedes L. C., con fecha 21-5-1980, otorgaron a favor de la entidad mercantil «Lenvo, S. A.», la correspondiente escritura pública de venta de las aludidas fincas urbanas, autorizada por el Notario de Barcelona don Tomás G. D., por imposibilidad accidental de su compañero don José V. S. (con el núm. 1393 del protocolo de éste) por el expresado precio (anteriormente consignado en el Juzgado). La entidad compradora tomó posesión de las expresadas fincas urbanas y presentó la referida escritura pública de compraventa en fechas sucesivas (13-6-1980, 8-9-1981, 20-11-1981, 12-2-1982, 13-5-1982) en el Registro de la Propiedad de Arcos de la Frontera, que extendió los correspondientes asientos de presentación en el Libro Diario, pero sin que ninguno de ellos llegara a producir la correspondiente ins-

cripción de dominio, al haber retirado el presentante, en todas las ocasiones expresadas, la referida escritura pública por diversas causas o defectos. Tercero. En juicio ejecutivo promovido por la entidad mercantil «Nicolás Boch Mir, S. A.», contra don Elio B. U. y tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número diez de Madrid (autos núm. 204/1975) se trabó embargo sobre las dos fincas urbanas anteriormente expresadas, que fue anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad de Arcos de la Frontera en 17-3-1975, cuya anotación preventiva fue prorrogada (en 6-3-1979) por cuatro años más. En ejecución (vía de apremio) de la sentencia firme de remate recaída en el expresado juicio ejecutivo, las dos aludidas fincas urbanas fueron sacadas a pública subasta, la que se celebró (tercera subasta) el día 22-7-1981 y en la que, además de la propia entidad actora, intervino como postor don Juan-María V. S. del A., abogado y vecino de Jerez de la Frontera, el cual ofreció la cantidad de ocho millones cincuenta mil pesetas (mejor postura). Al no cubrir dicha suma las dos terceras partes del tipo de la segunda subasta, se suspendió la aprobación del remate a los efectos prevenidos en el párrafo tercero del art. 1.506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Transcurrido el plazo de nueve días sin que el deudor hiciera uso de los derechos que le concede el citado precepto, el Juzgado (providencia de 16-4-1982) aprobó el remate, por el precio de ocho millones cincuenta mil pesetas, en favor de don Juan-María V. S. del A., el cual consignó en el Juzgado dicho precio y cedió el remate a favor del Ayuntamiento de Arcos de la Frontera. El expresado cesionario del remate se personó en forma en el referido procedimiento de apremio (autos núm. 204/1975) y alegó que había tenido conocimiento de que las dos expresadas fincas urbanas, en cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado de Primera Instancia número ocho de Barcelona, ya habían sido vendidas por los esposos don Elio B. U. y doña Mercedes L. C. a la entidad mercantil «Lenvo, S. A.», mediante escritura pública de fecha de 21-5-1980, autorizada por el Notario de Barcelona don Tomás J. D. y que dicha escritura había sido presentada en el Registro de la Propiedad de Arcos de la Frontera, tomándose nota en el Libro Diario de Operaciones y luego nota de retirada de dicho documento, por todo lo cual el expresado cesionario del remate (Ayuntamiento de Arcos de la Frontera) solicitó al Juzgado que decretara la nulidad de todo lo actuado en el referido procedimiento de apremio (el seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número diez de Madrid — autos núm. 204/1975 —) y se acordara le fuera devuelto el ya consignado precio del remate (ocho millones cincuenta mil pesetas). Ante dicha petición, el expresado Juzgado dictó Auto de fecha 23-3-1983, por el que acordó que «no ha lugar a decretar la nulidad solicitada de oficio sin perjuicio de las acciones de que pueda estar asistido el Excmo. Ayuntamiento de Arcos de la Frontera, tanto para ejercitárlas en la forma procedente, como para el ejercicio de las acciones que se deriven de la constancia de su derecho en el Registro de la Propiedad y para ejercitárlas contra quien y como proceda», además de acordar también (en el expresado auto) la deducción de testimonio de particulares y su remisión al Juzgado-Decano de

los de Barcelona *por si los hechos pudieran constituir un delito de estafa, en la realización de la venta, comprendido en el art. 531 del Código Penal.* No obstante todo ello, con fecha 6-6-1983 el Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número diez de Madrid, actuando en representación del deudor-ejecutado don Elio B. U., otorgó escritura pública de venta (autorizada por el Notario de Madrid, designado en turno oficial, don Luis S. S., con el núm. 2961 de su protocolo) de las dos repetidas fincas urbanas a favor del Ayuntamiento de Arcos de la Frontera, por el ya consignado precio del remate (ocho millones cincuenta mil pesetas). *Mediante la citada escritura pública (que fue presentada en el Registro de la Propiedad el dia 29-6-1983), las dos referidas fincas urbanas fueron inscritas (con fecha 28-7-1983) a nombre del Ayuntamiento de Arcos de la Frontera.* Cuarto. Con fecha 6-7-1983 la entidad mercantil «Lenvo, S. A.» presentó (una vez más) en el Registro de la Propiedad la escritura pública de fecha 21-5-1980 (a la que ya nos hemos referido en el apartado segundo de este mismo Fundamento), en cuya escritura, con fecha 31-8-1983, el Registrador extendió la siguiente calificación denegatoria de la inscripción: «Presentada a las trece horas del día 6-7-1983, con el núm. 73, al folio 15 vuelto del Diario 67, una segunda copia del precedente documento, en cuya fecha fue retirada y se ha devuelto hoy con la primera copia presente, junto a la escritura de constitución de la Sociedad "Lenvo, S. A." de fecha 4-2-1980, y otra escritura de protocolización de acuerdos sociales de 19 de agosto del corriente año, autorizadas estas dos últimas por el Notario de Madrid, don Emilio G. C., se deniega su inscripción, por figurar como transmitente persona distinta a la que en el Registro aparece como titular de las dos fincas comprendidas en este título, que es el Excmo. Ayuntamiento de esta ciudad, conforme al art. 20 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 342, 886 y NDL 18732). Siendo insubsanable el defecto observado, no procede la práctica de anotación preventiva». Quinto. A virtud de lo acordado por el Juzgado de Primera Instancia número diez de Madrid se dio posesión de las casas litigiosas al Ayuntamiento de Arcos de la Frontera, no obstante hallarse las mismas en la posesión anterior de la entidad «Lenvo, S. A.».

SEGUNDO.—Con base en los antecedentes previos que acaban de ser expuestos, en octubre de 1984, la entidad mercantil «Lenvo, S. A.» promovió contra el Ayuntamiento de Arcos de la Frontera el juicio de menor cuantía de que este recurso dimana, en el que, ejercitando las acciones declarativa de dominio y reivindicatoria y de nulidad de contrato y de cancelación de asientos registrales, postuló, por un lado, que se declare la validez y eficacia de la escritura pública de venta de fecha 21-5-1980 (ya referida en el apartado segundo del fundamento jurídico anterior de esta resolución) y que ella (la entidad actora) es la legítima propietaria de las dos fincas urbanas ya expresadas también en el aludido fundamento jurídico, y se condene al Ayuntamiento demandado a reintegrarle la posesión de las mismas, y, por otro lado, que se declare también la invalidez, ineeficacia y nulidad de la escritura pública de venta de fecha 6-6-1983 (ya referida en

el apartado tercero del fundamento jurídico anterior de esta resolución) y la nulidad y cancelación de la inscripción registral de dichas fincas urbanas a nombre del demandado; por su parte, el referido demandado Ayuntamiento de Arcos de la Frontera, en su escrito de contestación, además de oponerse a la demanda y pedir su absolución de la misma, formuló reconvenCIÓN, en la que postuló se declare la nulidad e ineficacia de la ya expresada escritura pública de venta de fecha 21-5-1980. En dicho proceso, en grado de apelación, recayó sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, la cual, confirmando íntegramente la de primer grado, hace los siguientes pronunciamientos: en cuanto a las acciones declarativa de dominio y reivindicatoria de las dos expresadas fincas urbanas, desestimó la demanda y absolvió de la misma al Ayuntamiento demandado; en cuanto a las acciones de nulidad que, recíprocamente, ejercitaron la entidad actora (en cuanto a la escritura pública de venta de fecha 6-6-1983) y el demandado por vía reconvencional (en cuanto a la escritura pública de venta de fecha 21-5-1980), apreció con respecto a ambas la concurrencia de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por lo que, absteniéndose de conocer el fondo de las mismas, pronunció una sentencia absolutoria en la instancia (aunque, con evidente imprecisión técnica, también dice que las desestima). Contra la referida sentencia de la Audiencia, la demandante entidad mercantil «Lenvo, S. A.» interpone el presente recurso de casación, que articula a través de siete motivos.

TERCERO.—La sentencia aquí recurrida, como antes la del Juez (que aquélla confirma), entendiendo que el tema litigioso integra un supuesto de doble venta de bienes inmuebles, regulado en el art. 1.473 del Código Civil, resuelve que la titularidad dominical de las dos aludidas casas pertenece al Ayuntamiento demandado, por ser el que antes la ha inscrito en el Registro, para lo cual, además de ello, se basa, y este es el núcleo esencial de su *ratio decidendi*, en que si bien considera plenamente probado que el Ayuntamiento demandado (cuando en 1983 otorgó el Juez la escritura de venta a su favor) conocía que las mismas habían sido vendidas con anterioridad (1980) a la entidad mercantil «Lenvo, S. A.», ello no excluye, dice la Sala *a quo*, la buena fe del expresado Ayuntamiento, al no tener personalidad jurídica la referida entidad mercantil en la fecha en que compró las dos casas (21-5-1980), pues en dicha fecha aún no había sido inscrita en el Registro Mercantil la escritura pública de constitución de la misma.

CUARTO.—Por el motivo primero, con sede procesal en el ordinal cuarto del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la recurrente denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, que hace consistir en que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta que el Ayuntamiento demandado, cuando en 1983 fue otorgada a su favor la escritura de venta de las casas litigiosas, conocía que tres años antes (en 1980) dichas casas las había adquirido ella (la recurrente) también mediante escritura pública. En realidad, el presente motivo era de innecesaria formulación, pues la sentencia recurrida declara plenamente probado el referido hecho (conoci-

miento por el Ayuntamiento demandado de la compra anterior de las casas litigiosas por la entidad recurrente), por lo que el tema que se somete a la revisión de esta Sala no puede residenciarse exclusivamente en sede del error de hecho probatorio (que propiamente no existe), sino que ha de trasladarse al ámbito de la *quaestio iuris*, consistente en determinar si la circunstancia de que la entidad «Lenvo, S. A.», cuando en 1980 compró las dos casas litigiosas, aún no hubiera adquirido personalidad jurídica (por falta de su inscripción en el Registro Mercantil), puede, por sí sola, ser determinante de la buena fe adquisitiva (o excluyente de su mala fe) por parte del Ayuntamiento demandado, a los efectos de que opere en su favor el art. 1.473.2 del Código Civil, por su prioridad en la inscripción registral, como ha entendido la Sala de apelación, cuya cuestión será examinada seguidamente.

QUINTO.—A través de los motivos segundo y cuarto, ambos con sede procesal en el ordinal quinto del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por los cuales denuncia «infracción, por interpretación errónea del art. 1.473 del Código Civil, en relación y concordancia al art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1951, 811, 945 y NDL 28531)» (en el segundo) e «interpretación errónea del art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17-7-1951» (en el cuarto), la recurrente plantea la cuestión que ya hemos dejado enunciada en el fundamento jurídico anterior, y que ha de ser resuelta con base en las consideraciones siguientes: a) La buena fe a la que, a efectos de la doble venta, se refieren los arts. 1.473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria, precisa, conforme a los arts. 433 y 1.950 del citado Código, en el segundo comprador ignorancia de que la cosa adquirida había sido ya objeto de una venta anterior (Sentencias de esta Sala 26-11-1970 [RJ 1970, 4905], 16 febrero y 16-3-1981 [RJ 1981, 528 y 915], 16-5-1983 [RJ 1983, 2825], 17-12-1984 [RJ 1984, 6286] entre otras), requisito de ignorancia o no conocimiento de las circunstancias del caso (existencia de una venta anterior) que aquí no concurre, pues el Ayuntamiento demandado, cuando compró en 1983 las casas litigiosas, conocía plenamente que las mismas habían sido vendidas en 1980 a la entidad «Lenvo, S. A.». b) La circunstancia de que un bien sea adquirido por una sociedad en formación (constituida por escritura pública, pero no inscrita en el Registro Mercantil) no puede ser tomada en consideración, como erróneamente hace la sentencia recurrida, para eliminar la mala fe del comprador posterior (que conocía plenamente la existencia de dicha venta anterior de ese mismo bien) y transmutarla, sin más, en buena fe, pues con arreglo al art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17-7-1951 (aplicable a este caso litigioso por razón de las fechas) los contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil son válidos cuando dicha sociedad los ratifica y acepta después de su inscripción, como ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, aparte de que, desde el momento del otorgamiento de la escritura pública de venta por el deudor-ejecutado (en el procedimiento de apremio) a favor de la entidad «Lenvo,

S. A.» (aunque no estuviera inscrita en el Registro Mercantil), cuyo precio, por medio de sus gestores, pagó en su integridad (como cessionaria del remate) y, además de la tradición instrumental que supone el otorgamiento de la escritura pública de venta (art. 1.462.2 del Código Civil), tomó posesión real y material, también por medio de sus gestores, de las casas vendidas, es indudable que éstas ya habían salido del patrimonio del vendedor, aun prescindiendo de si en aquella fecha de la escritura el dominio discutido lo adquirió la sociedad con efecto retroactivo o simplemente los socios gestores con la responsabilidad solidaria de que habla el art. 7 pre-citado (Sentencia de esta Sala de 31-1-1990 [RJ 1990, 110]), circunstancia ésta que era plenamente conocida por el Ayuntamiento de Arcos de la Frontera antes de que en 1983 se otorgara a su favor (en otro procedimiento de apremio) la escritura de venta de las casas litigiosas, como lo evidencia el hecho, también probado en autos, de que en el período intermedio entre la primera (1980) y la segunda (1983) venta, el señor Alcalde-Presidente de dicho Ayuntamiento pidió permiso a uno de los gestores de la citada sociedad anónima para poder utilizar las casas litigiosas al objeto de instalar en las mismas un Belén viviente (folio 29 de los autos). Las anteriores consideraciones han de llevar a la conclusión de que cuando, en 1983 (en la vía de apremio del juicio ejecutivo núm. 204/1975 del Juzgado de Primera Instancia número diez de Madrid), se otorgó la escritura de venta de las casas litigiosas a favor del Ayuntamiento de Arcos de la Frontera, éste conocía plenamente que las mismas casas ya habían sido vendidas en 1980 (en la vía de apremio del juicio ejecutivo núm. 878/1974 del Juzgado de Primera Instancia número ocho de Barcelona) a la sociedad «Lenvo, S. A.» o a los gestores de la misma (por hallarse aquélla en formación), por lo que carecía del ineludible requisito de la buena fe para que el art. 1.473.2 pueda desplegar en su favor la virtualidad adquisitiva, en función de su prioridad en la inscripción en el Registro de la Propiedad, sin que, por otro lado, aquí nos corresponda enjuiciar, por no haber sido materia del proceso, el hecho (en apariencia, al menos sorprendente) de que el Juzgado de Primera Instancia número diez de Madrid, no obstante tener también conocimiento de la existencia de la ya dicha primera venta de 1980, se decidiera, en 1983, a otorgar, en representación del deudor-ejecutado, la segunda escritura pública de venta a favor del Ayuntamiento de Arcos de la Frontera. Todo lo expuesto ha de llevar a la estimación de los dos referidos motivos.

SEXTO.—Aunque el acogimiento de los dos expresados motivos haría innecesario, desde un punto de vista práctico, el examen de los restantes, la conveniencia o necesidad de dejar sentada la correcta doctrina jurisprudencial, que es la verdadera esencia institucional de la casación civil (aunque algunos traten erróneamente de confundirla con una tercera instancia), nos lleva a plantearnos también el tema de si el presente caso litigioso integra o no un supuesto de doble venta incardinable en el art. 1.473 del Código Civil (como lo han considerado los juzgadores de la instancia), y ello no sólo porque la recurrente somete dicho tema a esta revisión casa-

cional a través de su motivo tercero, en el que denuncia «infracción, por aplicación indebida, del art. 1.453 del Código Civil (suponemos que ha querido referirse al 1.473, como en el acto de la vista de este recurso, efectivamente, ha rectificado) en relación a la doctrina interpretativa del mismo», sino también porque así como los supuestos de hecho deben ser forzosamente suministrados por las partes, en cambio la invocación de la norma amparadora puede ser verificada por esta Sala o rectificada por la misma, si las partes o juzgadores de la instancia no la han elegido adecuadamente (*iura novit curia; da mihi factum, dabo tibi ius*), siempre que los cauces de la vía casacional lo permitan, como ocurre en el presente caso con la articulación del expresado motivo tercero. La tipificación de la doble venta, que contempla el art. 1.473 del Código Civil, requiere, para su existencia, que cuando se perfeccione la segunda venta, por convenio entre comprador y vendedor sobre la cosa objeto del contrato y el precio (art. 1.450 del Código Civil) la primera no haya sido consumada todavía (lo que implica una cierta coetaneidad o proximidad cronológica entre ambas ventas), pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada (por pago íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor), ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino una venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda venta por falta de objeto (Sentencias de esta Sala 23-6-1951 [RJ 1951, 1882], 23-5-1955 [RJ 1955, 1708], 7-4-1971 [RJ 1971, 2272], 30-6-1986 [RJ 1986, 4403]), que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, en el que, en el año 1980, las casas objeto de litis fueron vendidas (en la vía de apremio del juicio ejecutivo núm. 878/1974 del Juzgado de Primera Instancia número ocho de Barcelona) a la entidad mercantil «Lenvo, S. A.» (o a los gestores de la misma por hallarse en formación), la cual pagó íntegro el precio del remate (como cesionaria del mismo) y tomó posesión real y material de las expresadas casas, como antes ya se ha dicho, por lo que quedó totalmente consumada la expresada venta y, en consecuencia, cuando tres años más tarde (1983) el Juzgado número diez de Madrid (en la vía de apremio del juicio ejecutivo núm. 204/1975) otorgó, en representación del deudor-ejecutado, escritura pública de venta de esas mismas casas a favor del Ayuntamiento de Arcos de la Frontera, en realidad realizó una venta carente de objeto, pues las repetidas casas ya no pertenecían a dicho deudor-ejecutado, de cuyo patrimonio habían salido en 1980. Por todo lo cual, procede estimar también el motivo tercero.

SÉPTIMO.—El acogimiento de los motivos segundo, tercero y cuarto (que hace innecesario el estudio de los restantes) con la consiguiente estimación del recurso y la casación y anulación, en parte, de la sentencia recurrida, obliga a esta Sala, conforme preceptúa el número tercero del art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, lo que ha de hacerse, según se desprende de lo ya razonado en los fundamentos jurídicos anteriores, en el sentido de que, estimando parcialmente la demanda for-

mulada por la entidad mercantil «Lenvo, S. A.», procede acordar lo siguiente: 1.º Declarar que el dominio de las dos casas a que se refiere el proceso de que este recurso dimana (fincas registrales núms. 4918-N y 3057-N del Registro de la Propiedad de Arcos de la Frontera), que forman el conjunto denominado «Casa del Mayorazgo», pertenece a la entidad mercantil «Lenvo, S. A.». 2.º Condenar al demandado Ayuntamiento de Arcos de la Frontera a que haga entrega de las dos referidas casas a la expresada entidad mercantil. 3.º Ordenar la cancelación de las inscripciones que de las dos expresadas casas figuran en el Registro de la Propiedad de Arcos de la Frontera a nombre del Ayuntamiento de dicha ciudad. Se mantiene subsistente el pronunciamiento absolutorio en la instancia que la sentencia recurrida hizo en cuanto a las acciones de nulidad que, recíprocamente, ejercitaron la entidad actora «Lenvo, S. A.» (en cuanto la escritura pública de venta de fecha 6-6-1983) y, por vía reconvencional, el demandado Ayuntamiento de Arcos de la Frontera (en cuanto a la escritura pública de venta de fecha 21-5-1980). Sin expresa imposición de las costas de ninguna de las instancias, ni de las de este recurso y debiendo devolverse a la entidad recurrente el depósito constituido.

III. COMENTARIO

1. No constituye novedad el caso que dirime la presente sentencia en el *topos* temático de la doble venta o en sus zonas conceptuales aledañas. Muy frecuente es que conflictos de doble venta vean pugnar a uno, cuando no dos, actos dispositivos forzados otorgados como consecuencia de procedimientos judiciales de realización de bienes (cfr. de entre los pocos supuestos que llegarán al Supremo, aparte del que *in casu* analizamos, los contemplados por las SSTS 14-4-1898; 3-6-1899; 31-12-1909; 26-12-1910; 5-1-1970; 5-11-1973; 30-4-1974; 16-2-1981; 29-7-1991).

Con independencia de la solución —a nuestro entender, lo anticipamos ya, justa— que el TS ofrece para el presente supuesto y de las consideraciones conceptuales que ella nos brinda, es difícil sustraerse, de modo genérico, a un sentimiento de preocupación por el cieno que parece apelmazarse en ciertas esferas de nuestra realidad jurídica y cuyo hedor sale a la superficie aquí. La indicada contumacia con que comparecen subastas judiciales enfrentadas a otras ventas judiciales o a otros actos dispositivos puede ser indicativa de mal funcionamiento de nuestro sistema procesal civil en este punto (inaplicación del art. 1.489 LEC o defectuoso funcionamiento del principio de publicidad formal, esencial para el propio sentido de nuestros Registros de la Propiedad, puesto que no se advirtió el orden de los embargos trlabados y preventivamente anotados), y, lo que es peor, de la mala fe, rayana en lo delictivo, que el deudor (múltiplemente) ejecutado y los profesionales de las subastas en no pocas ocasiones despliegan (¿ayudados a veces por algún integrante del órgano judicial o/y registral?).

Quizá sea una voz alarmista la nuestra. Pero es el propio TS quien relata cómo, antes de formalizarse la escritura pública consecuencia de la segunda subasta, el Juzgado de Madrid pasa los extremos al de Barcelona, «por si los hechos pudieran ser constitutivos de estafa del 531 CP». Y exclama que, «de modo, cuando menos sorprendente», en un momento posterior (¿nuevo juez-magistrado? ¿gol de algún funcionario judicial adscrito al mismo Juzgado?) la misma oficina judicial otorga la escritura pública de ejecución que posibilita la (¿demasiado fácil?) inscripción en favor del Ayuntamiento de Arcos de la Frontera. Púdicamente, el Alto Tribunal omite mayores consideraciones sobre este pormenor, «por no haber sido materia del proceso», pero parece intuirse la posibilidad de que haya responsabilidad del Estado por dolo o culpa grave de los Jueces y Magistrados (art. 295 LOPJ) o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 292 LOPJ) —con la eventual acción de regreso— y de que, en cualquier caso, haya responsabilidad civil de determinados funcionarios judiciales (art. 297 LOPJ), que no sorprendería emanase incluso de algún ilícito penal, coejecutado con alguno de los «subasteros» que comparecen y del deudor doblemente embargado.

Ojalá, con todo, sea ésta tan sólo una voz alarmista.

2. El Tribunal Supremo, ante semejante panorama fáctico, coge el toro por los cuernos. Sin detenerse, en principio, en elucubraciones conceptuales sobre si el supuesto narrado constituye o no «doble venta» y, consiguientemente, si hay que aplicar o no el art. 1.473 CC, detecta *ab initio* que el *punctum ardens* a examinar viene representado por la buena fe que alega tener el Ayuntamiento de Arcos de la Frontera (cesionario del remate conseguido en el segundo procedimiento ejecutivo por el «subastero V. S.»).

A todas luces, esa buena fe no existe. La sociedad Lenvo, S. A., llevaba ya un largo período en posesión inmediata de las fincas que había adquirido en 1980 (no sólo, pues, contaba con la posesión que le había facilitado el otorgamiento de escritura *ex art. 1.462.2 CC*, obrado por el Juzgado de Barcelona, y que, al mismo tiempo, hizo las veces de *traditio instrumental*), por lo que, aun quedando acreditado que el Ayuntamiento hubiese desconocido el extremo de la previa adjudicación, no podría haberse considerado su ignorancia constitutiva de una buena fe digna de tener consecuencias jurídicas protectoras, al no haber cumplido el propio Ayuntamiento, a través de las personas competentes, el mínimo deber de leal comportamiento de inspeccionar o visitar las fincas cuyo remate se disponía a adquirir, poseídas pública y pacíficamente por persona distinta del deudor ejecutado/vendedor forzoso (*arg. analógico ex art. 36 LH y el adagio notoria non agent probatōne*).

Pero es que en el pleito queda probado que el Ayuntamiento a ciencia cierta sabía que Lenvo, S. A. era la legítima propietaria de ambas fincas. De la lectura del relato fáctico de la sentencia parece desprenderse que vino en conocimiento de ello después de adquirir el remate en 1982, puesto que, sin duda alarmado, solicitó en forma en el procedimiento de apremio la

nulidad de todo lo actuado y la devolución de los ocho millones que había consignado como rematante cesionaria en el Juzgado (más, se supone, la restitución de la cantidad abonada como comisión al avisado subastero cedente). El hecho de que actúe correctamente en este instante el Ayuntamiento no quita que el conocimiento de la previa transmisión queda ya fehacientemente documentado, y, desde luego, no le borra la mancilla en que, posteriormente, incurre, cuando, tras haber denegado el Juez por auto, parece que por prejudicialidad penal, la nulidad impetrada, cambia radicalmente de actitud y, pasa, a renglón seguido, a conseguir de ese mismo Juzgado de Madrid, no sabemos cómo, ni quizá sea edificante saberlo, la escritura pública de adjudicación judicial de las fincas, que, ulteriormente, logrará inscribir fácilmente en el Registro de Arcos.

Pero aún hay más, como la sentencia del TS se molesta en exponer. Consta en autos que «en el período intermedio entre la primera (1980) y la segunda (1983) venta, el señor Alcalde-presidente de dicho Ayuntamiento pidió permiso a uno de los gestores de la citada sociedad anónima para poder utilizar las casas litigiosas al objeto de instalar en las mismas un Belén viviente». ¿Habrá alguien que sostenga que ese Ayuntamiento tiene buena fe, ésa exigida por el art. 34 LH, en el momento en que logra la inscripción, para que pueda desplegar el principio de fe pública registral sus efectos protectores?

Pues, aunque parezca mentira, lo hay. Tanto la sentencia de instancia como la de apelación, recaídas como consecuencia del lógico pleito interpuesto por la sociedad Lenvo, S. A., desposeída, evictionada, afirman la adquisición (a título originario, *ex arts. 34 LH y 1.473.2 CC*) del Ayuntamiento, que, aparte de lograr primeramente la inscripción, la ha conseguido con buena fe inmaculada (despojando, repetimos, a Lenvo, S. A., de una propiedad que previamente —y extrarregistral y derivativamente— había adquirido sobre la misma cosa).

El funambulismo jurídico, de dudoso gusto, que entreteje la sentencia de instancia no radica, como ha ocurrido en otras ocasiones, en mantener, erróneamente, que el Ayuntamiento, en tanto que persona jurídica, no es capaz de albergar un estado intelectivo de conocimiento, como es el que sustancia la mala fe, ni en alegar formalistamente, como por desgracia no es tampoco infrecuente, que, no habiéndose practicado (y desconocemos las razones de ello) una anotación preventiva por imposibilidad de obtener la inscripción por falta subsanable (*ex art. 42.9 LH*), el Registro publicaba que el titular de las fincas era el deudor ejecutado, siendo exclusivamente esa información registral la que puede analizarse para aquilatar la existencia o no de buena fe. El peregrino argumento que se saca de la manga es que la rematante primera de las fincas en cuestión era, en aquel preciso instante, una sociedad en formación, puesto que, aunque ya se había otorgado la escritura pública de su constitución, no había logrado aún la inscripción en el Registro Mercantil. El jurisprudente (*sic*) de turno parece que exclama: ¡fastidien lo más que puedan, señores todos, a las sociedades en formación,

a las fundaciones aún no inscritas, a las asociaciones de hecho, a los *nas-cituri*, a cuyo favor se hayan hecho llamamientos o atribuciones condicionales; fastidien, que yo les apreciaré siempre su innegable buena fe!

Más triste aún es que la sentencia de apelación confirme la de instancia íntegramente y se quite una engorrosa petición de nulidad de la segunda subasta, al acoger ¡la excepción de litisconsorcio pasivo necesario! [que es a todas luces improcedente, puesto que titular de la pretensión contractual a adquirir es tan sólo el Ayuntamiento —el subastero cedente, en su caso, habría de comparecer en el pleito, por el llamamiento en causa *ex art.* 1.482 CC que le hiciera el Ayuntamiento, sin lo cual podría no responder por la hipotética evicción (*art.* 1.481 CC)—].

Ciertamente, el TS debía ponerse en jarras. Y lo hace con correcta argumentación, ponderado lenguaje, y pese a la multitud de sentencias que califican la apreciación de la buena o mala fe como un *quod facti* insusceptible de revisarse en casación (SSTS 26-6-1912, 10-10-1935, 15-1-1945, 3-2-1955). En lo que es la verdadera *ratio decidendi* del supuesto, corrobora, como es línea jurisprudencial añeja, que también el párrafo segundo del *art.* 1.473 CC exige que el comprador inscrito que haya de ser amparado tenga buena fe (como ya hoy dice el *art.* 34 LH). Y que esa buena fe precisa, conforme a los arts. 433 y 1.950 CC, en el citado comprador ignorancia de que la cosa adquirida había sido ya objeto de una venta anterior (SSTS 13-5-1908, 31-10-1929, 11-2-1946, 23-6-1951, 11-6-1954, 24-1-1957, 12-4-1957, 27-5-1959, 30-1-1960, 25-5-1965, 24-1-1969, 31-12-1969, 26-11-1970, 16-2-1981, 16-3-1981, 10-2-1983, 16-5-1983, 17-12-1984, 3-5-1985, 5-7-1985, 4-3-1988, 15-12-1989, 24-1-1990, 20-7-1990, 10-4-1991, entre otras)²; ignorancia o no conocimiento que aquí meridianamente no concurre.

Sin cargar las tintas se limita a decir, correctamente, que «la circunstancia de que un bien sea adquirido por una sociedad en formación no puede ser tomada en consideración, como erróneamente hace la sentencia recurrida, para eliminar la mala fe del comprador posterior (que conocía plenamente la existencia de dicha venta anterior de ese mismo bien) y transmutarla, sin más, en buena fe, pues, con arreglo al *art.* 7 de la LSA de 17-7-1951 (aplicable a este caso litigioso por razón de las fechas) los contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil son válidos cuando dicha sociedad los ratifica y acepta después de su inscripción, como ha ocurrido en el presente supuesto litigioso» (y conocía el Ayuntamiento). Con prudencia añade el Alto Tribunal,

² En torno al significativo silencio que, respecto de la buena fe, el *art.* 1.473.2 Cc. guarda, y su sustancial conexión con el originario modelo de publicidad registral que instauró nuestra Ley Hipotecaria de 1861 (del que son vestigios aún hoy los arts. 606 y 1.949 Cc., 32, 225 y 313 LH); y sobre la coherencia de la exigencia inflexible de la buena fe por nuestra jurisprudencia con el nuevo modelo de publicidad registral de fe pública (arts. 34 y 40 LH; 8 y 9 RRM), véase nuestro libro *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pp. 55-65.

como se señaló, que no le compete enjuiciar el sorprendente comportamiento del Juzgado de Madrid, ni si se dan en el caso los extremos de un delito de estafa de los contemplados en el art. 531 CP.

Al faltar paladinamente la buena fe en el Ayuntamiento de Arcos de la Frontera, en modo alguno puede éste alegar preferencia registral alguna, para ampararse en los arts. 1.473.2 CC y 34 LH: nada ha adquirido por transmisión de un deudor ejecutado que nada podía transmitir, pues propietario de las fincas ya no era, y nada ha adquirido por ministerio de la ley, puesto que, entre otras cosas, su comportamiento no le hace acreedor de protección alguna (y, más bien, quizás hubiese merecido alguna reprehenda penal).

3. Con el recién glossado considerando (QUINTO) hubiese bastado y sobrado para que la sentencia del TS hubiese sido, no sólo impecablemente justa, sino, además, correcta.

Pero he aquí que al Tribunal le pude el prurito dogmático, en un caso de solución tan limpida, y, *data occasione*, intenta «dejar sentada la correcta doctrina jurisprudencial» sobre el art. 1.473 Cc. o doble venta, que fue alegada por el recurrente. Y en ese empeño, que a nuestro juicio, estaba de más, en este *obiter dictum* de adorno, creemos que se equivoca.

Afirma el Tribunal, repitiendo literalmente frases que, ciertamente, comparcen en no pocas sentencias (cfr. SSTS 27-12-32; 1-6-48; 23-6-51; 23-6-52; 11-6-54; 23-5-55; 12-4-57; 29-11-58; 30-1-60; 16-2-70; 7-4-71; 15-10-73; 18-12-74; 8-5-82; 30-6-86), y que son aplaudidas por, nos atrevemos a decir, la totalidad de la doctrina patria (MOLINA GARCÍA, *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, p. 146; ALBADAJO, *Pluralidad de ventas de una misma cosa*, en «Estudios BATLLE», Madrid, 1978, p. 21; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, 5.^a ed., Madrid, 1988, p. 313; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Tomo XIX, arts. 1.445-1.541, 2.^a ed., Madrid, 1991, p. 265; RIVERO, en «LACRUZ y otros», *Elementos de Derecho civil*, 2.^a ed., II, 3.^º, Barcelona, 1986, p. 54; CANO TELLO, «El art. 1.473 del Cc. y la inscripción registral», RGD, 1965, p. 277; PETIT SEGURA, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, pp. 13 y 86; ALBÁCAR LÓPEZ, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo V (arts. 1.445 a 1.603); 2.^a ed., Madrid, 1991, p. 220; CARRIÓN OL莫斯, com. cit, p. 501), que la doble venta requiere que «cuando se perfeccione la segunda venta, por convenio entre comprador y vendedor sobre la cosa objeto del contrato y el precio, la primera no haya sido consumada todavía (lo que implica una cierta coetaneidad o proximidad cronológica entre ambas ventas), pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada (por pago íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor), ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino una venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda venta por falta de objeto».

Tan estereotipada es la frase y tan autorizada la doctrina que la abraza *in toto*, que alguno habrá que se sorprenda de que cuestionemos su fundamento. Pero lo hacemos.

Vayamos por partes y pasemos al tamiz, *primo introitu*, la pretendida incompatibilidad del régimen jurídico propio de la venta de cosa ajena (etiqueta romanista —*emptio rei aliena*— para designar los supuestos en que el vendedor no es propietario de la cosa vendida en el momento de perfección del contrato) con el de la doble venta.

El régimen jurídico que la sentencia de tapadillo atribuye a la venta de cosa ajena es el de ser un contrato nulo por falta de objeto. También evoca —aunque prefiere suscribir la razón anterior— la inexistencia de tal contrato, y autores hay que defienden que, por el mero hecho de que anteriormente se perfeccionó otra compraventa, la segunda tiene un vicio en su causa, que la estigmatiza como nula de pleno derecho (por todos, GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978, pp. 405 y 408; 18-2-74; 12-5-83); que la segunda venta es nula por imposibilidad originaria de la obligación del vendedor; o que es anulable por error en el consentimiento del comprador *error in dominio*, apreciable por el juez.

Si fuesen correctas estas calificaciones doctrinales, ciertamente no habría espacio para que el verdadero conflicto de la doble venta se perfilase, al exigir éste el enfrentamiento entre dos títulos adquisitivos válidos. Pero, como ya manifestamos en nuestro libro *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, pp. 258-267, dudamos que las mismas sean de recibo.

Por una parte, es cierto, en nuestra opinión, que si el comprador desconoce la ajenidad de la cosa que compra (que pacta adquirir a título derivativo a cambio de un precio), el contrato es anulable *ex arts. 1.265, 1.266 y 1.301 Cc.*, siempre que la equivocada convicción del comprador sobre la titularidad del comprador sea excusable (esencial es, por definición) (JORDANO FRAGA, Comentario a la STS 4-3-89, en ADC, 1989, IV, p. 1.356). Pero, como es *quod distinctum* del régimen de ineficacia de la anulabilidad, hasta tanto no se anule el contrato, como consecuencia de la acción de impugnación en tal sentido ejercitada por el errante (comprador), dentro de plazo, la compraventa será válida y desplegará todos sus efectos. Por tal razón, que las sentencias, cuando esta solicitud por parte del legitimado activo no consta, o, lo que es peor, cuando consta claramente su deseo de que el contrato se mantenga en vida (mediante la solicitud de su «exacto» cumplimiento), aprecien *ex officio* la anomalía en el consentimiento del contratante y, por ello, anulen el contrato, se nos antoja incorrecto, por clara violación del principio de congruencia procesal y del art. 1.302 Cc. (JORDANO FRAGA, com. cit, p. 1.359). Mayormente, cuando ocurre que, analizando con sentido común la problemática sustancial de una venta de cosa ajena con error esencial *in dominio* del comprador, éste, pese a llegar a conocer sobrevenidamente su error, preferirá generalmente no impugnar el contrato, sino pedir su subsistencia para que, valiendo como justo título

(así convalidado, en su caso tácitamente *ex arts. 1.309, 1.311 y 1.313 Cc.*), le permita adquirir, si no a título derivativo (pues, si nada tenía el vendedor, nada pudo transmitirle), si, al menos, a título originario *ex lege*, sobre la base del art. 34 LH o de una usucapión ordinaria (en su caso, *secundum tabulas* —art. 35 LH—)³ o, si no logra consolidar en la forma expuesta su adquisición, pedir el saneamiento por evicción a su vendedor (arts. 1.475 y ss. Cc.), cuando quede desposeído por el adquirente *a domino reivindicante*.

Por otra parte, si la perfección de una compraventa implicase *per se* la automática nulidad de todas aquellas que eventualmente pudieran concluirse con posterioridad sobre la misma cosa, el art. 1.473 Cc. no tendría ningún sentido (¿para qué se habrían dictado reglas de preferencia, si bastaría con el principio de prioridad en el tiempo?), o tendría un sentido inaceptable, puesto que, en ocasiones, atribuiría diáfanalemente la propiedad a compradores que, según lo propugnado por esta opinión falsa, estarían vinculados por contrato nulo con el vendedor.

Por lo demás, en nuestro *Contrato de compraventa* (cit. pp. 76-102; 126-134; 371-376), creemos haber demostrado que la obligación asumida de transmitir la propiedad de una cosa a alguien —siempre que sea una cosa *in comercio*— es siempre de posible cumplimiento, y que, pese a que sea usual negarlo, es la que, salvo concurrencia del pacto contemplado por el art. 1.477.2 Cc. —venta a riesgo y ventura del comprador—, se desprende *ex causa sua* de todo contrato de compraventa para el vendedor. Y que en una venta de cosa ajena, como toda lógica dicta, objeto sí hay (cosa distinta es que se transmita al comprador).

Además, ¿no será claramente válida la venta de cosa ajena —y sin necesidad de convalidación por el comprador—, cuando ambas partes conocen la ajenidad, pero estipulan el contrato sin intención de dañar a su dueño, esto es, con la obligación de que el vendedor la adquiera o la haga adquirir a título derivativo al comprador? ¿No es una modalidad que ha ido proliferando a medida que la circulación jurídica se acelera, hasta llegar al punto de que se muestra como mecanismo connatural a las técnicas mercantiles?

A lo que añadimos consideraciones generales que ya dejamos por escrito en nuestro *Contrato de compraventa*, cit: 1) de la conclusión de una venta de cosa ajena no se sigue, en sí, ninguna lesión para el derecho de propiedad del *verus dominus*. El contrato es, para él, una *res inter alios acta* (art. 1.257 Cc), y siempre podrá reivindicar (en tanto el comprador no cumpla la usucapión u otro modo legal de adquisición a título originario, o no prescriba extintivamente su acción) la cosa, allí donde se encuentre;

³ Presuponemos, en concomitancia con la temática del supuesto que analizamos, que se discurre de una venta de cosa inmueble ajena. Para una cosa mueble, valga la misma consideración, pero con apelación al art. 464 Cc. (y concordantes) y las reglas de la usucapión mobiliaria.

2) que de la propia existencia de las adquisiciones legales se desprende que una venta de cosa ajena (estas figuras, desde su nacimiento en Derecho Romano con la *usucapio*, sirven primordialmente para la protección de un comprador de cosa ajena) puede ser un justo título y que, por tanto, es, en principio, un contrato válido o confirmado, expresa o tácitamente; 3) que no considerándose válida, en principio, la venta de cosa ajena, sería imposible, no solamente la gran mayoría de las adquisiciones legales a título originario, sino también que el vendedor cumpliera tardíamente su obligación de transmitir, o que ésta fuese cumplida por la intervención de un tercero, todos ellos modos de satisfacción del genuino interés creditorio del comprador (nótese que el art. 1.160 C.c., respecto del cumplimiento de una obligación de dar [que es la que pesa sobre todo vendedor] hecho con cosa ajena o de la cual no se podía disponer, dicta la «nulidad» del cumplimiento y no del contrato, y permite siempre al enajenante [vendedor], en tanto no se afirme definitivamente el incumplimiento de su obligación de transmitir, dar a la misma cumplimiento tardío [sanear], lo que presupone la validez del contrato del que tal obligación, ahora cumplida, deriva⁴; 4) que en nuestro Código se permite, ex art. 1.502 C.c., la utilización por parte del comprador de la *exceptio nom adimplete contractus (exceptio imminentis evictionis)*, entre otros casos, cuando se teme fundamentalmente que el contrato de compraventa haya recaído, en realidad, sobre un derecho ajeno, sin que el vendedor aún haya sanado tal ajenidad sospechada, facultad, cuyo ejercicio, como es evidente, presupone igualmente la validez del contrato cuyo cumplimiento se suspende; 5) que se debe observar la validez, cuando el testador conoce la ajenidad del derecho que lega, del legado de cosa ajena ex arts. 861 y 863 C.c., con la consiguiente obligación del heredero de adquirir para entregar al legatario, lo que tiene un indudable valor analógico⁵.

⁴ Cfr. *Contrato de compraventa*, cit., núms. 70-73, donde creemos haber demostrado que «nulidad del pago» en el art. 1.160 C.c quiere decir inidoneidad del mismo para extinguir la obligación y, por tanto, incumplimiento contractual.

⁵ En nuestro *contrato de compraventa*, exponemos *in extenso* (Caps. II, III, IV y V, Parte 1.^a) cómo en la génesis de la corriente doctrinal de que la venta de cosa ajena no es válida influyeron: i) el peregrino convencimiento de que la existencia de una obligación de transmitir del vendedor obliga ineluctablemente a esa consideración; ii) una errónea concepción del sistema transmisivo consensual, que dejó, sin embargo, huella en los textos legislativos (recuérdese el art. 1.599 *Code*, el *Codice* 1865); iii) la concepción negocial de la *traditio*; iv) el influjo del Derecho contractual canónico (aún el art. 1.030.4 del *non nato* Código de 1836 paragonaba la cosa ajena con las armas prohibidas, los venenos y el derecho de suceder a una persona que todavía vive); v) y la creciente incomprendición del régimen jurídico del saneamiento por evicción (que constríñe, para tutelar de modo más efectivo al comprador, a fabricar tal «nulidad»).

Allí creemos haber demostrado, en cambio, que la existencia de la obligación de transmitir del vendedor, antes que condonar por originariamente imposible la obligación que éste asumiría en una venta de cosa ajena, justamente posibilita que ésta pueda nacer válidamente, desplegado toda la eficacia que le es inherente; que tal obligación existe y, por tanto, es posible en los sistemas transmisivos consensuales;

En consecuencia, creemos poder afirmar que toda venta de cosa ajena es un contrato válido (o, todo lo más, en los casos de ignorancia excusable emptoria de la ajenidad, con eficacia claudicante)⁶, que impone al vendedor una obligación, fundamental y compleja, de transmitir íntegramente un derecho (que engloba *sub specie facti* la de lograr, mediante la actividad vendedora, la [re]-adquisición del derecho [que existe siempre, salvo extracomercialidad] que recae sobre la cosa vendida, para poder, así, transmitirlo posteriormente al comprador), sinalagmáticamente entrelazada con la obligación del comprador de pagar el precio. Desde luego ésa es la enseñanza que nos llega desde el Derecho romano (*vid. D. 18.1.28; D. 18.4.8 y 9*), mantiene nuestro Derecho histórico (P. V, Tit. V, Ley XIX), defiende alguna doctrina (ROCA SASTRE, «La venta de cosa ajena», *Estudios de Derecho Privado*. Tomo I, Madrid, 1948, p. 383; DÍEZ PICAZO y GULLÓN, op. cit, p. 263; GARCÍA CANTERO, op. cit, p. 263; JORDANO FRAGA, com. cit, pp. 1.356 y ss.) y suscribe numerosa jurisprudencia (SSTS 27-5-57; 5-7-58; 13-3-64; 31-12-81; 5-5-83, entre otras, reseñadas por RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*. Barcelona, 1990, p. 20).

Sin duda, hay también una venta de cosa ajena patológica: aquella que plasma un acuerdo entre dos sujetos para despojar a un propietario de su derecho, es decir, cuando ambos contratantes son conscientes de la ajenidad del derecho y, pese a ello, acuerdan crear la apariencia de su transmisión por un contrato de compraventa, sin pactar la obligación del vendedor de (re)-adquirir la propiedad del *verus dominus*. Desde luego, tal contrato, que es el que en el caso litigioso parece darse, con la anuencia (o complicidad) del órgano judicial, es una operación ilícita, contraria a las buenas costumbres y a la moral, e incluso constitutiva de delito, siendo aplicable el art. 1.305 Cc. por tener *causa turpis*.

Pero la nulidad de esa operación contractual se da, obsérvese bien, no por la ajenidad de la cosa, como desafortunadamente acaba diciendo la sentencia comentada (copiando el razonamiento que inauguró la STS 1-6-48 y siguieron las SSTS 11-6-54 y 30-1-60), ni por la inexpresiva posterioridad del contrato, ni por la falta de objeto (que existir claro que existe) (JORDANO FRAGA, com. cit, p. 1.358), ni por la imposibilidad originaria de la obligación del vendedor (pues nada le impide al deudor ejecutado re-adquirir las dos fincas de la entidad mercantil), sino por la mala fe (*animus spoliandi*)

que la concepción negocial de la *traditio* es infundada y rechazable en nuestro ordenamiento; que en él nada acredita que se haya recibido la tradición contractual canónica que equiparaba la *res aliena* a la *res furtiva*, siendo claro, más bien, lo contrario; y que, una vez comprendido cabalmente el sentido del régimen jurídico del saneamiento por evicción, se hace en gran medida innecesaria la novedosa tutela del comprador que se quiere acuñar mediante la nulidad incondicional de toda venta de cosa ajena.

⁶ Y, como dice JORDANO FRAGA, com. cit, p. 1359, en ese caso tampoco es la ajenidad de la cosa vendida, por sí misma, la causa de la ineficacia del contrato, sino en la medida en que pueda ser base de un vicio del consentimiento.

que albergan las partes del contrato, redundante en la ilicitud de la causa del mismo (art. 1.275 Cc.), amparadas por el extraño comportamiento del juzgado madrileño y de la oficina del Registro de Arcos de la Frontera.

Por tanto, concluimos, tras este *excursus*, que, pese a lo difundido de la afirmación y, no obstante la justicia que alcanza la sentencia presente en la solventación del litigio que se somete a su consideración, queda indemostrado que todo supuesto de doble venta excluya la presencia de una venta de cosa ajena: queda solamente demostrado que un verdadero caso de doble venta excluye que uno de los contratos sea radicalmente nulo por ilicitud de su causa. En nuestra opinión, en todos los demás supuestos de venta de cosa ajena el régimen jurídico condigno, lejos de ser incompatible con las reglas que la ley impone para la doble venta, es perfectamente armónico con ellas. Y, lo que es más, los criterios de preferencia prevenidos por el art. 1.473 Cc., en no pocas ocasiones, presuponen justamente que una de las compraventas que entran en conflicto sea de cosa ajena (por ejemplo, cuando *ex arts.* 1.473.2 Cc. y 34 LH, un comprador adquiere, al inscribir de buena fe su título, después de que el primer comprador hubiera recibido la entrega del inmueble, con valor traditorio, pero sin llegar a inscribir) (JORDANO FRAGA, com. cit, p. 1.360).

4. Esto en cuanto al primer *cliché* con el que el TS concluye poco felizmente su justa sentencia. Acometamos ahora el segundo: la doble venta sólo puede presentarse durante el lapso temporal que arranca en el momento de perfección de un primer contrato de compraventa y finaliza en el de cumplimiento de la obligación de entrega que del mismo deriva.

Si a bote pronto preguntásemos: ¿por qué, si se puede saber, ha de ser esto así, si el art. 1.473 Cc. no lo dice?, a coro nos llegarían las dos respuestas usuales: i) si la segunda compraventa se perfecciona cuando ya la entrega en cumplimiento de la primera se había efectuado, nada habría que discutir, porque el primer comprador habrá adquirido ya a título derivativo, y el segundo contrato no es sino una venta de cosa ajena a la que, como hemos visto, se conceptúa como incompatible con los supuestos de doble venta; ii) si es cierto que el sistema de transmisión por contrato de los derechos reales (poseíbles) es el título y modo (*ex arts.* 609 y 1.095.2 Cc.), sólo con esa restricción temporal, pueden justificarse las reglas del art. 1.473 Cc. para reconocer la prioridad adquisitiva (GARCÍA CANTERO, op. cit, p. 247; RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit, p. 54; CARRIÓN OLmos, com. cit, p. 501).

Pero al primer argumento ya le hemos sacado sus indudables flaquezas, esto es, su falsedad. Y otro tanto le sucede al segundo, a lo que creemos. ¿Cómo nos justificarán los que ligan esencialmente la doble venta y el art. 1.473 Cc. al título y modo que en Francia y en Italia (donde no rige tal ley de circulación de los derechos reales poseíbles) también los tribunales resuelvan casos de doble venta y lo hagan, además, con preceptos idénticos a nuestro art. 1.473 Cc (arts. 1.141 *Code*, arts. 1.155 y 2.644 *Código*)?. ¿Cómo nos justifican que en el Proyecto de 1851 (arts. 982 y 1.859) idén-

ticas reglas para resolver la doble venta valiesen para nuestro ordenamiento en un contexto de transmisión consensual? ¿No prueba ello que la apelación al principio de título y modo aquí está de más, como lo estaría en Italia y Francia la que se efectuase al principio *nudo consensu*?

Pero vayamos más lejos. ¿Qué hubiera resuelto la sentencia del Supremo —y los autores que la aplauden— si el caso, siendo el mismo —*ceteris paribus*—, nos hubiese ofrecido a un Ayuntamiento de Arcos de la Frontera con radiante buena fe? ¿Contravendrían el Supremo y nuestra doctrina el claro tenor de los arts. 1.473.2 Cc. y 34 LH entrelazados, y le hubiesen negado su preferencia adquisitiva, puesto que su contrato, al ser, se mire como se mire, una compraventa de cosa ajena, sobrevenida a una primera enajenación, ya consumada con arreglo a la teoría del título y el modo, habría de ser inexistente, o nulo por falta de objeto o por la imposibilidad originaria de la obligación del vendedor o por el *error in dominio* del comprador, apreciable *ex officio* por el Juez o, simplemente, por tener un vicio en su causa, dada su posterioridad en el tiempo respecto de la primera compraventa?

Quizá se nos conceda que nunca resolverían en tal sentido. No se sabe por qué razón, en ese caso, se silenciaría la venta de cosa ajena (que indudablemente existe, pues, que sepamos la ajenidad —dato fáctico— es circunstancia no borrable por una creencia o ignorancia —dato gnoseológico—), o sorprendentemente ésa no sería negada, pero, en contra de los propios presupuestos de partida, sí considerada ahora válida, en homenaje a la maravillosa seguridad del tráfico, como precipitado de la esencialísima protección de la *apparentia iuris* que los arts. 1.473.2 Cc. y 34 LH consagran (infringiendo manifiestamente el art. 33 LH y la ininterrumpida exigencia de justo título para cualquiera de las llamadas adquisiciones *a non dominio*). Y, repetimos, de forma contradictoria con sus premisas, sí aceptarían que hay doble venta —y, por tal razón, protegerían al segundo comprador *ex arts. 1.473.2 Cc. y 34 LH*.

Con ello, *eo ipso*, nos revelarían que, en verdad, nada impide que el conflicto de la doble venta se perfile cuando el primer comprador ha recibido ya la entrega con eventual valor traditorio, es decir, cuando un segundo comprador perfeccione un contrato válido de compraventa sobre la misma cosa o derecho con el mismo vendedor, que ya es, como bien se puede aprehender, un *non dominus*.

Y no se mezcle aquí el principio del título y modo. La letra de la ley (en nuestro caso, arts. 1.473.2 y 34 LH) es clara al admitir que el segundo comprador que inscribe primero con buena fe jurídicamente relevante puede prevalecer en el plano adquisitivo (lo que, suponemos, sería aceptado por jurisprudencia y doctrina, pese a todos los *clichés* que se quieran) y la lógica dicta que en tal caso esa indudable preferencia adquisitiva no puede provenir de una transmisión de quien nada tenía y nada pudo, pues, transmitir. La misma ha de descansar en una adquisición a título originario, concedida por el ordenamiento pese a que el primer comprador había ya

adquirido *a domino*, y gracias, entre otros requisitos fácticos —el esencial, sin duda, el de su buena fe jurídicamente relevante—, a su compra de cosa ajena, que le vale como justo título (convalidado).

Y, demostrada la falta de fundamento de la usual afirmación que *incidet deter* suscribe la presente sentencia, indiquemos que gratuita nos parece también la postura de quienes cambian, como *limes* temporal que define la doble venta, el cumplimiento de la entrega por el íntegro pago del precio (un apunte en esta misma sentencia) o por la inscripción conseguida del título (cuando es inscribible) o por la entrega material (cuando el objeto de los contratos es cosa mueble) (PETIT SEGURA, op. cit, p. 105). La multitud de teclas pulsadas, en cualquier caso, manifiesta por sí misma la arbitrariedad de elegir un determinado evento como tope temporal máximo definitorio del supuesto de hecho de la doble venta. La alusión al íntegro pago del precio es desafortunada, puesto que para nada es tenido presente por el art. 1.473 Cc. La relativa a la inscripción (sobre inmuebles) o la entrega material (sobre muebles) confunde la definición de la doble venta con posibilidad de triunfo en ella del segundo comprador. Obviamente, si el primer comprador ha conseguido la inscripción de su adquisición inmobiliaria o la entrega material de la cosa mueble por él comprada, por mucha doble venta que haya, su dominio será indiscutido, ex art. 1.473 Cc. Pero, en tales circunstancias, habiendo un segundo comprador que esgrima un título válido sobre la misma cosa, doble venta habrá, claro está, aunque él no consiga la adquisición.

En conclusión, la *fattispecie* del art. 1.473 Cc. no se delimita, pese a lo que declara ser la jurisprudencia casacional la sentencia que analizamos, por cotas temporales, sino que se afirma por la específica naturaleza del choque de intereses que supone: la disputa en torno a la titularidad de una cosa, asentada en dos o más títulos adquisitivos válidos (y una compra de cosa ajena, dejando a salvo el supuesto patológico expuesto, lo es), que ha de ser zanjada perentoriamente por la ley; en concreto, entre dos o más compraventas válidas y aún eficaces, cuyos cumplimientos en forma específica son de todo punto incompatibles, y celebradas, sobre la misma cosa o derecho, por el mismo vendedor que, por lo menos en relación con uno de ellos, era el titular de aquella cosa o derecho doblemente vendido, con independencia de que alguno de los compradores haya o no recibido ya la entrega, real o *ficta*, con su eventual trascendencia traditoria, o de que haya inscrito, si era inscribible, su adquisición.

TOMÁS RUBIO GARRIDO
Profesor TU de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

**EL CONTRATO DE GARAJE
EN APARCAMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO.
LA RESPONSABILIDAD EN CASO DE DAÑOS
O SUSTRACCIÓN DEL VEHÍCULO**

(A propósito de la Sentencia del Tribunal
Supremo de 1 de febrero de 1994)

SANTIAGO HIDALGO GARCÍA

Profesor Titular (interino) del Departamento de Derecho civil
de la Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. Supuesto fáctico y fundamentos de derecho.—2. Introducción.—3. Delimitación de supuestos.—4. Calificación del contrato. 4.1. Si es arrendamiento. 4.2. Si es depósito. 4.3. Solución que aporta la STS de 1 de febrero de 1994.—5. Nuestra opinión.—6. Dos breves notas sobre este tipo de explotaciones.

1. SUPUESTO FÁCTICO * Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Son datos de facto relevantes para la delimitación del objeto del recurso los siguientes: 1.º La parte actora y recurrente, legítima poseedora, en virtud de un contrato mercantil de arrendamiento financiero (*leasing*), de un vehículo automóvil marca «Mercedes Benz», tipo «Coupe», que fue sustraído del aparcamiento cubierto y vigilado del Hotel «Don Carlos» de Marbella (Málaga), estando a disposición del usuario del mismo, Sr. Migallón González, director general de la empresa, hospedado a la sazón en el referido establecimiento, demandó a este último y a la Compañía Aseguradora Cigna, S. A., que cubría los riesgos del aparcamiento vigilado del hotel, en reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por la pérdida del coche. 2.º Fundamentó la reclamación en el artículo 1.902 del

* Aparece detallado en el fundamento de derecho primero.

Código civil en relación con las disposiciones administrativas vigentes sobre el régimen de garajes y obligaciones de acuerdo con la clasificación de establecimientos hoteleros (artículos 15 y 68 del Decreto 110/1986, de 18 de junio, de la Consejería de Turismo, Comercio y Transportes de la Junta de Andalucía y apartado 4.^º de la Orden Ministerial de 21 de julio de 1966 del Ministerio de Comercio). La sentencia recurrida, revocando la del juzgado de primera instancia, absuelve la demanda entendiendo que la parte actora carece de acción, lo que explica en síntesis así: «De lo actuado en los autos principales, es claro que, en las fechas que se dicen mutuamente por las partes el Sr. Migallón y el Hotel Don Carlos de Marbella concertaron un contrato que, visto su contenido, debe calificarse de hospedaje, uno de cuyos servicios u obligaciones, por imperativo legal (Orden Ministerial de 21 de julio de 1966 y Decreto 110/1986 de la Consejería de Turismo, Comercio y Transportes de la Junta de Andalucía de 18 de junio de 1986) era la prestación del servicio de garaje para la guarda de los vehículos de los clientes, siendo pues que esa obligación entre las partes de marcado carácter contractual, por lo que —sin desconocer que a priori el simple hecho de que entre dos partes exista una relación contractual no excluye la posibilidad de que puedan ejercitarse las acciones derivadas del artículo 1.902 del Cc.— el hecho en el que sustenta la acción ejercitada en la actualidad debería ser ajeno a la dicha relación contractual, so pena de negar la acción derivada del contrato a la extracontractual; y en este sentido un examen de la demanda pone de relieve que el hecho generador de la alegada responsabilidad no es otro que la pretendida falta de vigilancia de los empleados de la empresa de seguridad contratada por el hotel, lo que en modo alguno puede tenerse por hecho nuevo o ajeno a las obligaciones contractuales de las partes, obligando ello pues, y según queda dicho, a que las posibles responsabilidades que se derivasen de dicha negligencia deban conocerse y exigirse a través de lo dispuesto en el artículo 1.101 del Cc. y no a través de lo dispuesto en el artículo 1.902 de dicho cuerpo legal».

.....

Cuarto. Los motivos tercero, cuarto y quinto denuncian desde perspectivas diferentes, todos con apoyo en el ordinal 5.^º del artículo 1.692 (redacción legal anterior), la infracción de los artículos 1.902 y 1.101 del C.c., así como de la jurisprudencia aplicable. Tratan, pues, el problema de fondo planteado por la sentencia y en atención a la conexidad de sus argumentos y a la unidad de designio que les guía, admiten examen conjunto. En efecto, la cuestión se suscita por la seguridad dogmática de que hace gala la sentencia, al entender sin atisbos de duda que la pretensión deducida no tiene acomodo en el artículo 1.902, sino solo y exclusivamente en el artículo 1.101, basándose en que el origen del hecho se sitúa en la celebración de un contrato de hospedaje y en la posibilidad, según la sentencia impugnada, de que aún no habiendo sido parte contractual la reclamante «en nombre propio pueda hacer valer derechos ajenos», ya sea conforme se sobreentiende solo contra el hotel, o bien, ejercitando la acción de manera conjunta contra el tenedor del vehículo desaparecido, Sr. Migallón, y contra

el Hotel demandado en situación litisconsorcial. Ocurre, sin embargo, que frente al complicado mecanismo sustitutorio o frente al rodeo condenatorio que propone la sentencia, sin necesidad de forzar la significación jurídica de los hechos, puedan éstos calificarse como constitutivos de culpa extracontractual, al coincidir en el caso los supuestos que autorizan la mencionada calificación. A partir, en efecto, de un origen lícito, cual es la utilización por el usuario del vehículo de los servicios de aparcamiento del hotel en que se hospedan, se produce, por un acto ilícito, el descuido u omisión en el deber de vigilancia de los empleados del aparcamiento, personas dependientes del hotel, la acción antijurídica de la sustracción con el daño consiguiente al tercero, propietario del vehículo que formula la reclamación. Concurren como elementos de la responsabilidad extracontractual: el comportamiento ilícito de los que omitieran el deber de vigilancia, el daño patrimonial y el nexo causal proporcionado el evento (la falta de vigilancia favorece eficazmente la sustracción); el perjudicado no incurrió en ninguna conducta culposa pues cedió el uso del vehículo a persona responsable que actuó con la diligencia debida, dejando el vehículo depositado en un aparcamiento vigilado y, finalmente, la culpa, aunque es directamente atribuible a los encargados de la vigilancia, también es transferible a la empresa hotelera, puesto que la obligación que impone el artículo 1.902 es exigible por hechos ajenos de los que otro deba responder, según el artículo 1.903, concretamente de acuerdo con el supuesto que contempla el párrafo 4.^º (ambos artículos del Código civil).

Quinto. A mayores debe reconocerse como aplicable el principio inspirador de la jurisprudencia de esta Sala acerca de la llamada «unidad de la culpa civil» (Sentencias de 24 de marzo y 23 de diciembre de 1952, entre otras), que en los supuestos «de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en el contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual» señalan como «doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro», junto con los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual en casos de coexistencia o conjunción con responsabilidad aquiliana, de manera que «no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente en exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial (sentencia de 9 de marzo de 1983, entre otras muchas)», criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida «unidad conceptual» (sentencia de 20 de diciembre de 1991) que admite la concurrencia de culpas por los mismos hechos (sentencia del TS de 11 de febrero de 1993) o «yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales, que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al

juzgador para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible» (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1993).

Sexto. Proyectado al caso el principio inspirador señalado y los criterios jurisprudenciales enunciados puede decirse que amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la *causa petendi* en términos tales que admitan sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual, o ambas conjuntamente salvado —por iguales hechos y sujetos concurrentes— el carácter único de la indemnización, no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del *iura novit curiae* y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento de fondo, de manera que el cambio de punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. O, dicho con otras palabras, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento, aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual en vez de la extracontractual o viceversa. Por todas las razones expuestas, procede acoger favorablemente los motivos casacionales expuestos.

2. INTRODUCCIÓN

El problema que se plantea respecto de los contratos de guarda de vehículos tiene un ámbito doble: por un lado cabe preguntarse acerca de la naturaleza propia de estos contratos, encuadrable entre aquellos que, como ocurre con los de utilización de cajas de seguridad, en bancos y hoteles fundamentalmente, cuyo carácter de arrendamiento o de depósito¹ es difícilmente determinable, en cuanto participan de la naturaleza y características de uno y otro tipos contractuales.

Por otro lado se suscita una cuestión más grave y que cualifica la problemática anterior que, de otro modo, no dejaría de ser un mero ejercicio doctrinal y teórico: me refiero a la cuestión de la responsabilidad del garajista respecto al vehículo que se guarda en sus instalaciones por supuestos de robo de éste o de sustracción de efectos en él contenidos o en general por los daños que sufra mientras permanece en las instalaciones de aparcamiento, en otras palabras, ¿tiene el garajista un auténtico deber de custodia del vehículo?, ¿hasta dónde llega ese deber de custodia? El primer

¹ Vid. ROCA JUAN, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXII, 1.^o, dirigidos por M. Albaladejo, Edersa, Madrid, 1982, pp. 199 y 200.

paso para resolver tal problema pasa por determinar los perfiles propios y la naturaleza de este tipo de contratos.

A ambas cuestiones intentan ofrecer respuesta los propios garajistas, como se puede comprobar en las condiciones generales de contratación que figuran en el resguardo que al aparcar el vehículo se entrega en el garaje (o a veces ni eso, ya que se realiza a través de la fijación de carteles informativos en el interior del garaje, lo cual puede plantear ciertas dudas acerca de la legitimidad a la luz de la normativa de consumo de informar sobre el contenido contractual una vez que el contrato ya ha sido concluido) y que sirve de comprobante del tiempo que permanece en sus instalaciones. En ellas junto a cláusulas de autoexoneración de responsabilidad del garajista en supuestos de hurto o robo, como de daños al vehículo, etc., se incluyen otras donde viene a calificarse la naturaleza de la relación contractual que se está estableciendo y es común encontrarse con cláusulas que, en síntesis, rechazan que en ningún caso se esté concluyendo un contrato de depósito ni sobre el vehículo ni sobre los efectos en él contenidos y que se trata de un arrendamiento. Evidentemente las cláusulas de exoneración de la responsabilidad hay que estudiarlas sobre todo a la luz de su justificación de acuerdo con las normas del Derecho del consumo, así como poniéndolas en relación con la cuestión de cuál sea la verdadera naturaleza jurídica del contrato ante el que nos encontramos.

Por otra parte, la jurisprudencia en la materia es todavía muy escasa y habrá que analizar no sólo aquellas sentencias que aborden directamente la cuestión, sino también esas otras que versan sobre supuestos igualmente dudosos y, por tanto, afines al que nos ocupa. Me estoy refiriendo sobre todo a las soluciones jurisprudenciales acerca de la naturaleza del ¿arrendamiento? de cajas de seguridad en las entidades mencionadas, donde se intenta resolver el doble problema de su naturaleza como contrato y la responsabilidad del titular de tales cajas ante supuestos de sustracción de efectos en ellas contenidos o daño en éstos.

Con todo es la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994 la que ha dado nueva actualidad a la cuestión, precisamente en un supuesto de sustracción de un vehículo del aparcamiento de un hotel.

3. DELIMITACIÓN DE SUPUESTOS

¿Qué casos son a los que se está aquí haciendo referencia? No, desde luego, a la problemática, también compleja, acerca de la naturaleza del arrendamiento de plaza de garaje con el fin de guardar el automóvil habitualmente y por períodos de tiempo largos o relativamente largos, plaza de garaje que a veces se arrienda por separado y a veces de manera conjunta con una vivienda (lo que generalmente hace participar al contrato de arrendamiento de la vivienda y del garaje de una misma naturaleza, al realizarse mediante un único instrumento, apareciendo el garaje como un accesorio

de la vivienda, así en el artículo 2.º del Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos de 21 de febrero de 1994², cuyo párrafo segundo determina: *las normas reguladoras del arrendamiento de vivienda se aplicarán también al mobiliario, los trasteros, las plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca por el mismo arrendador.* En tal sentido, la STS de 16 de octubre de 1954³, en ellos en ocasiones se plantea el problema de su sometimiento al Derecho común o a la LAU, pero siempre en cuanto arrendamientos⁴.

Aquí se hace referencia al contrato celebrado para encerrar el automóvil en un aparcamiento por períodos de tiempo inferiores generalmente al día, cuyo precio se suele satisfacer por horas (o por fracciones inferiores), donde la empresa (el garajista) garantiza la existencia de una determinada plaza que, sin embargo, no es concreta y determinada a la hora de celebrarse el contrato. Estos garajistas son titulares de aparcamientos, generalmente subterráneos, que en ocasiones tienen la condición de puramente privados y, en ocasiones, pueden provenir (lo que es bastante frecuente) de concesiones administrativas, normalmente del Ayuntamiento correspondiente, por encontrarse en suelo público, lo que, generalmente también, se traslucen en el precio, más o menos elevado, a pagar por la utilización de sus instalaciones (respecto a los precios y su fijación, *vid.* la OM del M.º de Comercio, de 21 de julio de 1966, RAL 1468). También se comprenden dentro de estos supuestos los aparcamientos que determinadas entidades ponen al servicio de los clientes: así algunos bancos y hoteles (STS de 1 de febrero de 1994) disponen de garaje a tal fin o de plazas dentro de las explotaciones indicadas para ceder a sus clientes⁵, así

² BOCG 121/41, de 21 de febrero de 1994. Idem en el de 11 de julio de 1994, con el mismo ordinal.

³ RA 2359.

⁴ *Vid. ut infra.*

⁵ En el caso de los hoteles parece claro que el dejar el vehículo en sus instalaciones no puede constituir un supuesto de *introducción de cosas y efectos de los viajeros en fondas y mesones* que el Cc. califica de depósito necesario. De la misma manera que *respecto a las cosas que el huésped entrega expresamente al titular del alojamiento para que se las custodie*, puede considerarse que nos encontramos más bien ante un depósito voluntario, como indica O'CALLAGHAN, aunque tanto la doctrina —sobre ella y sus posturas trata con relativa amplitud CASTÁN al distinguir el contrato de arrendamiento y el depósito para el caso concreto de la utilización de una caja de seguridad en un Banco, aunque también se da el supuesto en el caso de los hoteles, cfr. *Derecho civil español. Común y foral*, t. 4, Madrid, 1992, pp. 288 a 290; *vid.* también RODRÍGUEZ BUIJÁN, *La responsabilidad de los hoteleros por los efectos portados por los huéspedes, según el derecho español y alemán*, RGLJ, 1974, II, pp. 149 y ss.— como la jurisprudencia —STS de 11 de julio de 1989 (RA 5598) y 15 de marzo de 1990 (RA 1696)— se muestran contradictorias en cuanto a su naturaleza de arrendamiento o depósito, o en cuanto a la naturaleza del depósito como voluntario o necesario del tipo indicado, como parece desprenderse de las mencionadas sentencias, cfr. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, Madrid, 1989, p. 340. En el caso del vehículo y la plaza de garaje en el hotel, la problemática que se plantea es semejante.

como las instalaciones que tienen algunos supermercados y grandes almacenes⁶.

Dado el elevado volumen de negocio que habitualmente tienen, la contratación para utilizar una plaza de garaje dentro de estos aparcamientos asume la forma de condiciones generales de contratación que el garajista impone a sus eventuales clientes, en forma de contrato de adhesión⁷. En ellas, insertas en el resguardo al que antes se hizo referencia, el garajista, como se ha indicado, deja constancia de circunstancias tales como: *la empresa no se responsabiliza de los posibles daños que pueda sufrir el automóvil, ni de la sustracción de los efectos que pueda contener, o este contrato en ningún caso constituye un contrato de depósito*, etc. Evidentemente es indiferente o pueden ser indiferentes las exclusiones de responsabilidad en las condiciones generales de contratación a la luz de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en especial de su artículo 10.1.c), 6.^º, como también puede serlo la calificación expresa que una de las partes quiera dar al contrato si utilizando los cauces interpretativos del Derecho común puede inferirse otra cosa⁸.

No se trata aquí, sin embargo, de los supuestos de vehículos dejados en talleres de reparación, puesto que se ha de someter a otro régimen, al menos mientras está dentro del período de ejecución del contrato de obra para la reparación del coche; pasado tal plazo es posible que nos encontremos ante un supuesto semejante, puesto que es común que estos talleres establezcan el pago de una determinada cantidad por día, desde el momento en que el cliente debió retirar el vehículo, por razón, se

⁶ En tales casos el régimen de la figura no debe entenderse alterado pensando que nos encontramos ante un supuesto de contrato de garaje gratuito, puesto que en realidad no lo es, como apunta ELGUERO Y MERINO, *Garajes y aparcamientos: ¿arrendamiento o depósito?*, Colección de Jurisprudencia práctica, Tecnos, Madrid, 1993, *el estacionamiento del vehículo no es gratuito de una forma general, sino que con determinados clientes el establecimiento renuncia a cobrarles el canon, o, en realidad lo asume o imputa en el precio de las mercancías que el cliente adquiere, o lo ofrece como beneficio adicional a la tenencia de la tarjeta, etc.*, p. 20. Por otra parte, en el caso de los hoteles ocurre algo parecido, donde la estancia del vehículo en el aparcamiento del hotel es un servicio que se ofrece, además de los ordinarios, al cliente, por todo el precio que pague por su estancia.

⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Civitas, Madrid, 1992, p. 360.

⁸ Véase la STS de 26 de octubre de 1990, RA 8051. Por otro lado es evidente, como señala DÍAZ ALABART, que la protección que dispensa el precepto no puede ser menor que la existente en la contratación normal. Así serán abusivas las exenciones cuando los daños se hayan causado por dolo o culpa grave, y también por culpa media. En cuanto a la leve entiende que será su exoneración una condición válida cuando exista en contrapartida algún beneficio para el consumidor, cfr. DÍAZ ALABART, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario al artículo 10.1.c)*, 6.^º Civitas, Madrid, 1992, p. 290. En los demás casos será abusiva, lo que puede predicarse del caso presente en tanto los daños al vehículo provendrán casi siempre de una culpa *in vigilando*, de cuya responsabilidad no cabe pensar pueda sustraerse el garajista.

dice, de su *depósito*. No obstante, la STS de 2 de julio de 1973⁹ lo incluye entre la amplia calificación de contrato de garaje que, aunque puede abarcar categorías diversas, en esta sentencia, que no realiza la distinción que aquí se ha entendido necesaria entre el momento de la reparación y el posterior a ésta, califica de contrato de garaje tanto el de reparación del vehículo como el referido a su custodia y, aunque habla de arrendamiento, añade que el *contrato de garaje conforme a la jurisprudencia de esta sala* (STS de 8 de marzo de 1952, RA 806; 4 de diciembre de 1961, RA 4449 y la de 6 de abril de 1965, RA 1985) es atípico en que la relación del arrendatario con el dueño del coche reparado o custodiado no puede entenderse como cesión del uso del local que caracteriza el subarriendo, sino la prestación de un servicio de guarda mediante retribución, a diferencia de cuando se transmite a un tercero la totalidad o parte determinada y específica del local para encerrar vehículos en que se transmite el uso del mismo, el derecho de ocupación que constituye la esencia del contrato de arrendamiento. En realidad, esta sentencia tiene cierta importancia a nuestros efectos:

- a) En tanto distingue el auténtico arrendamiento de plaza o plazas de garaje como arrendamiento de cosa (o, en su caso, sujeto a la LAU como accesorio a una vivienda) y la utilización de un garaje como medio de custodia del vehículo, en cuyo caso estamos ante un *contrato de garaje* que aunque el TS en esta sentencia no deja de calificar de arrendamiento, no tiene ese objeto esencial del arrendamiento, sino que precisamente su objeto esencial es la custodia.
- b) Por otra parte, no califica el contrato de depósito, habla de él como de un arrendamiento atípico de cosa, pero en último término se expresa como si estuviésemos ante un arrendamiento de servicios, cuyo servicio consista precisamente en la guarda y custodia, lo que nuevamente parece reconducir a la idea de depósito.

Por su parte, Elguera y Merino considera como de garaje la actividad del taller de reparación¹⁰, aunque creo que se puede insistir en la idea de que la custodia del vehículo en un taller principalmente destinado a la reparación, mientras dure o deba durar ésta, no es una obligación principal, sino accesoria (típica como tal, de casi todos los contratos) al contrato principal que es el de obra (reparación del vehículo)¹¹.

Dentro de todos ellos habrá que analizar algunas particularidades que pueden incidir en la calificación jurídica del contrato como, por ejemplo,

⁹ RA 2930.

¹⁰ Ob. cit., p. 10. El autor emplea el término contrato de garaje en tanto circunscrito a los supuestos que aquí se tratan.

¹¹ Cfr. O'CALLAGHAN lo cita entre los ejemplos típicos de contrato de obra, ob. cit., p. 211. En esta materia tener en cuenta el RD 1457/1986, de 10 de enero, que regula la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles.

el hecho de dejar las llaves en poder del garajista o el que pueda éste o no desplazar el vehículo dentro del aparcamiento para sacar o colocar otros, e incluso valorar cuál sea la intención del cliente al guardar el coche en estos locales y que pueda influir en la causa de contratar.

4. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO

En diversas sentencias, en este caso de Audiencias Provinciales¹², encontramos afirmaciones como la que sigue y que son clarificadoras, al menos, del estado de la cuestión: *el contrato denominado de garaje [bajo esta denominación no se puede comprender una categoría única, sino incluye tanto los supuestos que aquí se tratan como otros que son evidentemente arrendamientos, incluso otros que se someten a la LAU por ser accesorio el garaje a la vivienda] para guardar un vehículo en establecimiento de esta clase abierto al público, concertado, como aquí ocurre con garajista profesional, constituye un negocio ciertamente complejo, en el que se combinan pretensiones propias del arrendamiento de cosas (cesión temporal y remunerada de un espacio acotado o no, dentro de una nave o local) y del de depósito (obligación de vigilancia y custodia del coche encerrado)... y también como una convención atípica, surgida en el presente siglo como consecuencia de las necesidades de la vida moderna que participa de los caracteres del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles del de servicios y del de depósito, ello cuando se trata de un garaje colectivo, pues el individual es únicamente un arrendamiento de cosa inmueble.*

A nuestros efectos, la transcendencia de ello se pone de manifiesto en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes contratantes y su responsabilidad, si se trata de un arrendamiento y si es un depósito, o si estamos ante un supuesto en que cabe apreciar la existencia de una responsabilidad extracontractual como resuelve la STS de 1994, de acuerdo con el *petitum* de la parte actora:

4.1. Si es arrendamiento, lo primero que cabe preguntarse es si siéndolo, lo que ya de por sí es lo más dudoso, como habrá de verse, se somete a las reglas de la LAU o al Derecho común. Sin querer abundar sobre un punto que parece suficientemente acreditado entre la jurisprudencia, es obvio que aquellos contratos de garaje que aparecen más evidentemente como arrendamientos (cesión del uso, con un cierto carácter de permanencia, de una concreta plaza de garaje, a cambio de una renta, generalmente mensual) y que se encuentran excluidos de estas breves notas, no se hallan incluidos entre los regulados por la LAU, fundamentalmente por carecer de la con-

¹² SAP Madrid, 3 de octubre de 1987, *La Ley*, 1987/4, p. 578; SAP Barcelona, 6 de junio de 1990, RJC 1990, 10, p. 932. Así también la S.A.P. La Coruña, 11 de marzo de 1994 A.C. 975, que habla de contrato innombrado, atípico y complejo.

dición de habitabilidad que exige su artículo 1¹³ a salvo del supuesto en que conjuntamente con la vivienda a través de un mismo contrato se ceda el uso de ésta y aquél, eventualidad prevista, como ha sido indicado por el artículo 2.^º de los proyectos de 1994.

Si está fuera de caso la aplicación de la LAU a tales supuestos constitutivos sin duda de arrendamiento (SAP Madrid, 3 de octubre de 1987¹⁴), con más razón se excluirá de tal aplicación la de los contratos que aquí nos ocupan y que han sido denominados de *pupilaje de vehículos en un garaje* (abierto al público), por Fuentes Lojo, o de *guarda de vehículos en garaje sin ocupar sitio determinado* por Lorente (que también emplea la terminología anterior), característica esta última que tiene una importancia capital, como se verá a continuación.

Analizar si tal contrato es un arrendamiento pasa por varias cuestiones esenciales: si lo que se cede es el uso como en el arrendamiento (a), si lo que se paga es una renta como en el arrendamiento (b), si las obligaciones y derechos de las partes contractuales son las mismas que las propias del arrendador y arrendatario (c), si, en fin, el objeto del contrato es concreto y determinado, si es un *objeto definido* (SAP Barcelona, 6 de junio de 1990¹⁵) como corresponde a un arrendamiento, o más bien se trata de un contrato celebrado sobre una *cuota ideal* (d).

a) A la primera cuestión se ha dado alguna respuesta jurisprudencial en el sentido de que no es precisamente el uso lo que se cede como si se tratase de un arrendamiento, sino que se está ante una *prestación de un servicio de custodia, mediante una retribución* (STS de 6 de abril de 1965¹⁶). El supuesto que en ella se ventilaba era si se estaba ante un subarriendo (el local destinado a garaje se encontraba a su vez en régimen de arrendamiento) no permitido al admitir automóviles para su reparación, entendiéndose que no lo era, como tampoco lo es la ocupación de una habitación en un hotel; lo cierto es que se rechaza la tesis del subarriendo, lo que es tanto como decir que el contrato que media entre el arrendatario del garaje y aquel que ocupa una plaza en él no constituye por tal razón un arrendamiento, o no supone una cesión de uso en sentido estricto, como si se tratase de un arrendamiento.

b) En cuanto a si lo que se paga es una renta, se suele decir¹⁷ que para que haya renta *lo que se pague como precio ha de ser en concepto de contrapartida del uso y goce de la cosa*; sin embargo, más que el uso

¹³ Por todos, CASTÁN/CALVILLO, *Tratado*, p. 171; FUENTES LOJO, *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, I, edic. 1994, p. 254; LORENTE AZNAR, *Arrendamientos de garajes. Normativa y jurisprudencia*, Zaragoza, 1993, pp. 18 y 19. Entre la jurisprudencia, STS de 29 de octubre de 1960, RA 3448, STS de 4 de diciembre de 1987, RA 9179, o la registral RDGRN de 5 de octubre de 1981, RA 4131.

¹⁴ La Ley, 1987/4, p. 578.

¹⁵ RJC 1990, 10, p. 932.

¹⁶ RA 1985.

¹⁷ Por todos, ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 2.^º, Barcelona, 1994, p. 157.

parece que lo que se retribuye es la custodia del vehículo por parte del garaje; por otra parte, en muchas ocasiones se aprecia una evidente tendencia a evitar el término renta, prefiriendo otros como el de cuota (SAP, Barcelona, 6 de junio de 1990). Tales son los inconvenientes para reconocer que se trate de una renta como precio del uso de la cosa dentro de los límites pactados —artículo 1.555.2 Cc.—, lo que puede incluir, como de hecho así ocurre, el limitar a un solo vehículo la utilización de cada plaza, a pesar de que ello parece un tanto ajeno a la disciplina propia del arrendamiento, puesto que mientras se utilice adecuadamente el espacio correspondiente, sin extralimitarse respecto a él, etc., tal imposición parece remitir una vez más a que se establece un precio por la custodia de cada vehículo y no por cada plaza que el cliente usa.

c) Por lo que se refiere a las obligaciones de arrendador y arrendatario, con carácter general recogidas en los artículos 1.554 y 1.555 del Cc., plantean ciertas dudas en cuanto a su aplicabilidad en concreto a los casos que nos ocupan. Por ejemplo, el arrendador tiene como primera obligación el entregar la cosa al arrendatario (objeto del contrato), tal obligación tiene perfiles distintos en este tipo de contratos de garaje, donde el arrendador no ha de hacer entrega del objeto del contrato, que sería una plaza de garaje, sino que se limita a permitir el acceso al eventual cliente, dentro de sus instalaciones, donde aquél ha de hallar y escoger la que deseé, lo que no se compadece muy bien ni con la idea de determinación y concreción del objeto (punto sobre el que se insistirá), ni con su infungibilidad en el arrendamiento, ni con la obligación de entrega del artículo 1.554.1 del Cc.: el arrendador en este caso no entrega el objeto del contrato, sólo pone a disposición unas instalaciones. La obligación del párrafo segundo del artículo 1.554 hace referencia más bien a arrendamientos ordinarios en cuanto a su duración y en cuanto, nuevamente, su objeto: por un lado la posibilidad de que en este contrato se dé lugar a la exigibilidad de esta obligación es remota, dado lo escaso del tiempo de permanencia en este tipo de garajes; en cuanto al objeto es probable que la obligación del arrendador en este caso no sea reparar la plaza que lo precise para su conservación, sino sencillamente poner otra a disposición del cliente, lo que en ningún caso se produciría en un arrendamiento ordinario (dado el carácter infungible del objeto). Respecto al artículo 1.555, en su pfo. 1.^º, ya hemos visto que plantea ciertas dudas el carácter de renta del precio a pagar en estos casos; que tiene obligación de pagarle es claro, lo que no lo es tanto es la naturaleza de ese precio y lo que retribuye. Sobre el 1.555.2.^º —cuestión ya tratada— el uso pactado se limita a la ocupación de una plaza con las peculiaridades indicadas y en cuanto a la escritura del contrato (artículo 1.555.3.^º) es obvio que no viene al caso su aplicación al supuesto que aquí se estudia dado el funcionamiento de éste, así como su naturaleza de condiciones generales de contratación. Por otra parte, en cuanto arrendador, el garajista, como ha señalado Jack, A., no debería a su cliente sino facilitarle el goce efectivo del local, sin que le afecte ninguna de las obligaciones concernientes al

objeto —el automóvil— que se encuentra en tal local, ni de su destrucción, ni de su deterioro¹⁸.

d) Por último está la cuestión de si se trata de un objeto definido y determinado o no: si estamos ante un arrendamiento ha de serlo. La cesión del uso de plazas de garaje por períodos largos de tiempo y que hemos destacado en un principio como de indubitable carácter de arrendamiento generalmente excluidos de la LAU y sometidos, por tanto, al Código civil, incluye en todo caso la descripción de la plaza que se cede, con mención de su número y localización; en otras palabras, se arrienda una concreta parcela dentro de un local que puede contener más, pero cuyo uso se limita a lo necesario para la ocupación de la plaza arrendada. En nuestro contrato de garaje no se cede, como se ha apuntado, una parcela o plaza determinada, sino que lo que se permite es la utilización de unas instalaciones, con el fin de dejar en ellas el vehículo (y en ocasiones utilizar otros servicios ofrecidos por el aparcamiento, como el lavado o reparación), adaptándose a los espacios para ello habilitados, es decir, ocupando una plaza, o mejor dicho, *cualquier* plaza libre dentro del garaje, es más, aunque se trate de una posibilidad un tanto ridícula, pero posible al fin, pudiendo incluso cambiar constantemente el vehículo de plaza; por otra parte, existen aparcamientos de este tipo donde se dejan las llaves en poder del garajista precisamente para permitirle ese cambio de lugar del cobro para permitir así la cabida del mayor número de vehículos posible, tal es el caso de la SAP Madrid, 3 de octubre de 1987, donde entre las obligaciones del garajista se incluye la de poner un lugar suficiente, determinado o indeterminado, según las condiciones convenidas (también SAP Barcelona, 6 de junio de 1990).

4.2. Si es depósito, parece claro que la principal obligación del garajista la constituye la guarda y custodia del vehículo, lo cual parece criterio predominante en las repetidas sentencias a los efectos del automóvil, de la misma manera que para el otro supuesto «fronterizo» entre el arrendamiento y el depósito como son los efectos dejados en las cajas de seguridad de hoteles, o bancos¹⁹ (SSTS de 11 de julio de 1989, 15 de marzo de 1990 ó 27 de enero de 1994²⁰). Claro está que difícilmente puede hacerse res-

¹⁸ JACK, *Les obligations et la responsabilité du garagiste*, «Rev. Trim. DC», 1932, pp. 615 y 616.

¹⁹ Vid. a este respecto ARRILLAGA, *Cajas de seguridad en los bancos*, RDP, 1958, pp. 635 y ss.

²⁰ RA 5598, RA 1696 y RA 569, respectivamente. En esta última sentencia, aunque desde luego contempla el contrato como de depósito (y no de arrendamiento de caja de seguridad), no aparece perfectamente determinada la naturaleza del contrato y si estamos ante un depósito necesario en el marco de un contrato de hospedaje, o si se trata de un auténtico contrato de depósito voluntario. En cualquier caso destaca la obligación de custodia del hotelero respecto de las joyas depositadas (aun aquellas que se entregan en sobre, probablemente cerrado) y la hace responsable de su sustracción, consecuencia de una negligente vigilancia de las mencionadas cajas de seguridad.

poner al garajista por razón de los efectos contenidos en el automóvil, puesto que de ellos no toma conocimiento, ni tiene la posibilidad de hacerlo, con lo que la prueba de su deterioro o sustracción resultaría particularmente difícil (por no decir imposible)²¹, pero en cuanto al vehículo mismo el deber de custodia y guarda parece innegable y va más allá de los deberes propios de un arrendador. ¿Quiere esto decir que tiene el mismo deber de custodia y, por ende, la misma responsabilidad que un depositario? Podría pensarse que así es, ya que, por un lado, desde el punto de vista objetivo se ha visto cómo el supuesto arrendador (o depositario) no hacía entrega de un objeto determinado, sino que permitía el acceso a unas instalaciones donde la plaza a ocupar aparece como indeterminada; frente a ello el titular del vehículo sí aporta un objeto concreto y determinado, quiere ello decir que si no asume la obligación el garajista de entregar objeto determinado, cosa que sí hace el cliente del garaje, al menos sí debe asumir el deber de custodia y en el caso de entregar el vehículo sin sus llaves (es decir, cerrado) asuma el garajista la concreta responsabilidad para el depositario que regula expresamente el artículo 1.769 del Cc.

Por otra parte, está la cuestión de la consumación del contrato a través del pago del precio (que tratándose el caso presente de un depósito, constituirá no la contraprestación al uso de la plaza de garaje, sino la retribución de la guarda, custodia y, por supuesto, conservación del vehículo, con sometimiento incluso a la específica obligación del depositante del artículo 1.779 del Cc.).

Tratándose de un depósito hay que suponer que el depositario goza del derecho de retención del artículo 1.780 del Cc., ¿es el caso del garajista? me parece evidente que así es, a la vista del simple mecanismo de funcionamiento de estas explotaciones que, por un lado, suelen disponer de barreras o puertas automáticas en su salida, que el garajista no franquea sino hasta que se efectúa el pago del precio; por otro lado y, abundando en lo anterior, es común que tales puertas o barreras se abran mediante un dispositivo automático, sin intervención humana, mediante la introducción en un aparato al efecto de la cantidad justa de dinero o del justificante de haberlo pagado, lo que en definitiva supone la imposibilidad efectiva de salir del garaje si previamente no se ha satisfecho el precio; si el garajista goza de esta ventaja propia del depositario (que no tendría como arrendador) lógico es que tenga la concurrente obligación de conservar el vehículo: *qui sentit commodum incommodum sentire debet*.

²¹ En realidad no es problema, en este caso, de que el contrato no se constituya unitariamente tanto sobre el vehículo como sobre todos los efectos en él contenidos, sino que es un simple problema de prueba. Por ello no se trata de que la responsabilidad del garajista se limite tan sólo, digamos, al exterior del vehículo, sino a todo aquel daño que se pueda probar ha existido, interior o exterior. Tal es el sentido de las sentencias de la AP de Madrid, de 14 de enero de 1991, RGD 5215, y 24 de junio de 1991, RGD 9243. Cfr. ELGUERO, cit., p. 18.

Un dato que puede oponerse a la configuración del contrato como depósito lo constituye lo que sea la manifiesta voluntad de las partes en el contrato, que en el caso presente aparece formada con las especialidades propias de los mecanismos de contratación en masa, al tratarse de un contrato de adhesión mediante el establecimiento de unas condiciones generales de contratación. Lo cierto es que, como se ha indicado, el garajista expresamente excluye que el contrato se trate de un depósito, de modo que aceptando esto el cliente, por aplicación del artículo 1.281 del Cc., no cabría duda de que su naturaleza debe reconducirse a la de un arrendamiento sujeto al Cc.

Sin embargo, varias razones impiden adoptar a ultranza tal razonamiento, lo cual, como se ha indicado ya, se debe a la confluencia de la normativa de Derecho del consumo en la materia: es común informar al usuario de estos aparcamientos a través de carteles, fijados en el interior del aparcamiento, conteniendo específicas condiciones contractuales relativas a la exoneración de responsabilidad del garajista y al carácter no de depósito del contrato, lo que, prescindiendo de la aplicabilidad del principio general de buena fe (artículos 7.1 y 1.258 del Cc.) se encuentra en franca contradicción con el artículo 10.1.a) de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 20/1984, de 19 de julio, por cuanto implica la expresión de cláusulas contractuales con posterioridad a la conclusión del contrato. Tal circunstancia se ha pretendido evitar a través de la inclusión de tales condiciones en el resguardo de que se hace entrega antes de entrar en el garaje, lo cual, al menos desde el punto de vista teórico, puede obviar el anterior obstáculo y hace preciso entrar en hasta qué punto se encuentra legitimado para autoexonerarse de la responsabilidad por la guarda y custodia del vehículo el garajista (indudablemente podría entrarse en este punto a valorar cuál sea la intención o móvil —que puede influir en la causa del contrato— del eventual cliente al dejar el automóvil en instalaciones de este tipo; sólo dos pueden ser las respuestas, o bien facilitarse un lugar de aparcamiento sin necesidad de buscarlo en la vía pública, evitándose las correspondientes dificultades, o bien depositarlo en un lugar seguro al resguardo de los posibles perjuicios que pueda sufrir en el exterior, lo cual puede tener cierta trascendencia a la hora de configurar la naturaleza y propósito del contrato, sobre todo si la causa para contratar del cliente viene conformada por las expectativas creadas por el propio garajista que hace ver que razonablemente el garaje ofrece mayores medidas de seguridad que la vía pública: espacios cerrados de acceso limitado y vigilado, guardias de seguridad, contratación de seguros para cubrir posibles robos y daños a vehículos, etc., lo que puede hacer pensar en que este móvil constituye la causa del contrato)²², cosa que expresamente le impide el artículo 4.^º de la OM de 21

²² Como señala ELGUERO Y MERINO, cuando el estacionamiento es por razones de seguridad se realiza por la garantía y tranquilidad que ofrece la vigilancia de los vehículos estacionados, con controles de acceso y salida de vehículos mediante personas, circuitos cerrados de televisión y entrega de resguardos o tiques de entrada en los que consta la hora de acceso y en ocasiones la matrícula del vehículo o

de julio de 1966 y que quizá implica una limitación absoluta de responsabilidad proscrita por el artículo 10.1.c), 6.^º, de la mencionada Ley para aquellos que utilizan los mecanismos de contratación indicados²³.

Todo ello nos conduciría a estimar que las dudas de la jurisprudencia acerca de la naturaleza de la figura, o su configuración como un contrato atípico mixto, que participa de las características, fundamentalmente, del arrendamiento y el depósito, no se encuentran justificadas. No se nos oculta que, tanto con apoyo en esa jurisprudencia, como en los preceptos valorados, la figura fundamentada en esa obligación de custodia y guarda del garajista se acerca en todo caso, si es que no lo es, a la institución del depósito (además de los citados, el artículo 1.771 del Cc. es una muestra más de ello, ya que efectivamente el garajista no puede pedir al usuario del vehículo que se deposita que justifique ser su propietario). Las dudas, a mi modo de ver, se pueden cifrar únicamente en la circunstancia común de que el garajista no toma conocimiento del estado del vehículo que se deposita al momento de concluirse el contrato, a pesar de lo cual creo que tampoco puede estimarse como obstáculo grave, en tanto cabe pensar que si no lo hace es porque no utiliza los medios precisos para tomar tal conocimiento, de la misma manera que sí los utiliza para ejercitar el derecho de retención ante el impago del precio para el que le faculta el artículo 1.780 del Cc. En los casos en los que se dejan las llaves en poder del garajista, seguramente no es ello razón suficiente para responder de los efectos contenidos en el coche, lo que sí es claro que la posibilidad de desplazar los vehículos en el interior del garaje, cambiándolos de lugar, desplazándolos de una a otra plaza, etc., es del todo contrario a la naturaleza de la figura del arrendador, cuya intromisión en el supuesto objeto del contrato de arrendamiento (plaza de garaje) constituiría una intromisión ilegítima en ella y una perturbación contraria al goce pacífico del artículo 1.554.3 del Cc. Si puede usar el depositario la cosa con el fin de mejor custodiarla, con permiso expreso del depositante (artículo 1.767 Cc.) —la entrega de las llaves lo es— y en este caso facilitar la entrada y salidas de vehículos²⁴.

4.3. Solución que aporta la STS de 1 de febrero de 1994. Con todo la solución que aporta esta sentencia, con reconocer la responsabilidad del titular del garaje, el hotel, llega a parecida conclusión, no por la vía de estimar que se está ante una suerte de contrato de guarda (depósito) que compromete a aquél con la seguridad y custodia del vehículo (compromiso que parece implícitamente reconoce al dotar al garaje de un servicio sufi-

número de referencia que se asocia a determinado vehículo, ob. cit., pp. 15 y 16; en este supuesto, añade, estariamos ante una relación de depósito. En el caso del arrendamiento de plaza de garaje como arrendamiento de cosa, las razones son otras, como la conveniencia o la comodidad, cit., p. 15.

²³ Cfr. DÍAZ ALABART, loc. cit.

²⁴ En este sentido, ALBALADEJO, cit., p. 349.

ciente de guardias de seguridad), sino por la de una responsabilidad extracontractual o aquiliana, que era la reclamada por la parte actora, cuyos elementos los constituyen *el comportamiento ilícito de los que omitieron el deber de vigilancia, el daño patrimonial y el nexo causal proporcionado al evento (la falta de vigilancia favorece eficazmente la sustracción)*, tal responsabilidad se traslada al hotel, titular del garaje, por la vía del artículo 1.903 Cc.²⁵. De esta manera se llega al mismo resultado que se obtendría de estimar nos encontramos ante un contrato de depósito, pero sin necesidad de entrar en el problema verdaderamente complejo, cual es el de determinar qué clase de convención es la concertada entre garajista y cliente. Con todo la sentencia hace reiteradas veces referencia a un deber de vigilancia que compete al hotel (garajista) y que, por otra parte, asume puesto que destina los medios adecuados para ello; tal asunción parece impropia e innecesaria si se está limitando al arrendamiento de una plaza de garaje. Por otra parte, no excluye la posible existencia de una responsabilidad contractual y, Nótese que, bajo los presupuestos indicados, un arrendatario en ningún caso sería responsable de, como es el caso, la sustracción del vehículo del garaje, pero sí, claro está, un depositario: sobre la base del principio de «unidad de culpa civil» que en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento señalan como doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una y otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro (STS de 24 de marzo de 1952 y de 23 de diciembre de 1952) y aunque puede, en efecto, ocurrir como declara el Alto Tribunal, que no puede excluir la contractual, aquí la responsabilidad aquiliana en tanto para ello se requiere suceder la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, en cualquier caso admite la posibilidad de ejercicio de ambas, todo en favor del resarcimiento del daño más completo posible (STS de 15 de febrero de 1993²⁶). En definitiva, la sentencia no excluye la responsabilidad contractual y ésta sólo puede venir derivada de un contrato de depósito, no de uno de arrendamiento, que no incluye ningún deber de custodia y vigilancia. No obstante, sobre la cuestión de la posible concurrencia de la responsabilidad contractual y aquiliana, problema que, una vez más, se suscita en esta sentencia de 1994, se hará alguna referencia algo más adelante. Nótese, en cualquier caso, que nos encontramos ante un

²⁵ Véase a este respecto TORRALBA SORIANO, *La responsabilidad por auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, ADC 1971, pp. 1143 y ss.; CAVANILLAS MÚGICA/TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 152; MIQUEL, *Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente*, ADC 1983, pp. 1501 y ss.; JORDANO FRAGA, *Sobre la no aplicación efectiva de un principio general de responsabilidad contractual por los auxiliares de cumplimiento del deudor. (A propósito de la STS de 22 de febrero de 1991)*, ADC 1993, pp. 915 y ss.

²⁶ RA 771.

terreno típico donde se produce la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual: así lo indica Cavanillas Múgica, *existirá responsabilidad contractual concurrente con la responsabilidad extracontractual cuando respecto de los bienes o personas de la víctima exista una obligación de custodia o cuidado a cargo de uno de los miembros de la relación obligatoria*²⁷. Un ejemplo indudablemente paradigmático de ello lo constituye la obligación de custodia del depositario sobre la cosa depositada, de modo que no debe extrañar ni el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual por la parte actora, ni su apreciación por el Tribunal Supremo, sin perjuicio de la posible existencia de una responsabilidad contractual, por existir la obligación de seguridad o custodia indicada. Ocurre además que en el depósito no sólo la custodia puede derivarse de la idea general de buena fe contractual, como indica el autor antedicho²⁸, sino que en realidad constituye la principal obligación del depositario, por lo que la posibilidad de configurar la responsabilidad como contractual es más intensa, sin necesidad de recurrir al artículo 1.258 del Cc. Se da, sin embargo, en este caso, lo que con carácter general indica Cavanillas, y es que *la jurisprudencia española no se ha excedido en la configuración de obligaciones contractuales de seguridad, en parte porque los actores han preferido generalmente instaurar la litis sobre bases extracontractuales*²⁹, como ocurre, en efecto, en el caso presente.

Por fin, desde el punto de vista normativo y conectando en parte con lo que acerca de la naturaleza del precio a pagar por el usuario de éstas instalaciones, hay que hacer necesaria referencia a la Orden de 21 de julio de 1966, que al referirse a él, en su artículo 1.º, determina que *las empresas de cualquier clase que explotan garajes públicos podrán establecer libremente los precios de «guarda y custodia» de los vehículos en sus establecimientos*, lo cual, aparte de indicativo de la particular circunstancia del concepto en el que se paga el precio, se refiere al servicio que prestan estos garajes como de *guarda y custodia* en terminología propia del contrato de depósito. Por otra parte, el artículo 4.º nuevamente viene a confirmar tal planteamiento cuando establece que *Las empresas explotadoras de garajes serán responsables de los daños que sufran los vehículos mientras permanezcan en sus locales y que les sean imputables a dichas empresas o a sus empleados. En su consecuencia queda prohibida la colocación en los garajes de letreros en los que se haga constar que no se responde de los daños que los vehículos puedan experimentar durante su estancia en los mismos, extremo que tampoco podrá ser indicado en los recibos*. En realidad, aun partiendo de ese posible carácter de depósito del contrato, por las razones indicadas en la STS de 1994, la imputación de una responsabilidad aquiliana parece lógica cuando el daño en el vehículo o su sustrac-

²⁷ Ob. cit., p. 8.

²⁸ Ob. cit., p. 10.

²⁹ Ob. cit., p. 11.

ción viene determinada por la negligencia o falta de la debida vigilancia de éstos, por cuanto el hecho dañoso no procede directamente de los empleados o del dueño, sino de un tercero y sólo indirectamente de éstos al incumplir el deber de vigilancia.

No deja de ser llamativo, por otra parte, como es frecuente nos encontramos con que el garajista concierte seguros de responsabilidad civil para cubrir riesgos de los que no sería responsable de ser considerado como un arrendador, lo cual puede interpretarse como una asunción implícita de la responsabilidad que, sin embargo, quiere evitar designando al contrato como arrendamiento. En este punto entrariamos en el problema de la *responsabilidad por asegurabilidad*³⁰ que, como explica De Ángel, supone la *circunstancia de que un hecho o la actividad en que se encuadra sean asegurables* —esto es, *exista la posibilidad de transferir a un asegurador los riesgos correspondientes*— hace que el daño producido sea, por ese motivo, fuente de responsabilidad para el agente³¹. Así el hecho de constituir un seguro incide en la teoría misma de la responsabilidad, de modo que la existencia de un seguro sobre un determinado riesgo (extracontractual o contractual) tiende a favorecer el estimar que tal riesgo lo asume o de él se responsabiliza en este caso el garajista. Como lo hace el mencionado autor, hay que reconocer que la teoría no es muy admisible en tanto supone una excesiva adscripción a la fórmula de la responsabilidad objetiva, es decir, no cabría admitir el que la simple contemplación de la existencia de un seguro implique, sin entrar a más análisis, determinar la imputabilidad y responsabilidad del agente³², de otro modo dicho, que el sujeto que, en condiciones normales no sería responsable, lo es si sobre el mismo evento tiene concertado un seguro de responsabilidad civil. De este modo se produce un proceso tendente a la objetivación de la responsabilidad civil extracontractual, lo que a nuestros efectos implica, como lo demuestra la Sentencia de 1994, una situación parecida, se estime el garajista responde en cuanto depositario o por vía de una responsabilidad extracontractual —que era lo que en este caso se reclamaba— objetiva por daños en el vehículo³³, ya que, de tratarse de un arrendamiento, el garajista tan sólo respondería

³⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 1030.

³¹ Ibíd. Así parece entenderlo también la A. P. de la Coruña en la S. de 11 de marzo de 1994.

³² O servir para fijar, sin más, la naturaleza de un contrato.

³³ Señala BERCOVITZ, a los efectos de los artículos 25 a 28 de la LGDCU, que *La responsabilidad contractual es fundamentalmente una responsabilidad objetiva, dado que el incumplimiento de que se responde no requiere la existencia de culpa*, BERCOVITZ/SALAS, coordinadores, *Comentarios a la LGDCU*, Cap. VIII, Civitas, Madrid, 1992, p. 661. De modo que en este caso se entienda que el garajista responde extracontractualmente, o como depositario, el contenido de su responsabilidad sería semejante, ello se pone de manifiesto en tanto la STS de 94 viene a recordar la doctrina de la opción entre acciones cuando el hecho causante del daño sea *al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual (la de custodia) y el deber general de no causar daño a otro*.

de los daños en el vehículo provenientes del mal estado del garaje o por las perturbaciones de hecho causadas por el propio arrendador, pero no por terceros³⁴ y no por otras causas, puesto que, como se ha indicado anteriormente, sólo si se trata de un depósito se produce idéntica obligación de seguridad y custodia respecto de la cosa, que si se estima la responsabilidad extracontractual, es decir, por ambas vías resulta exigible tal obligación, pero no si es un arrendamiento, donde en el arrendador difícilmente podría apreciarse tal obligación.

La solución que aporta plantea diversas dudas, no tanto en cuanto a su resultado último, que puede considerarse correcto en tanto produce las deseables consecuencias indemnizatorias, como en lo que se refiere a la línea argumental que adopta para llegar a tal conclusión, que plantea las dudas que en general suelen suscitarse cuando se analiza el problema de la concurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual³⁵. En el presente caso, la sentencia de 1994, en realidad, no es que admita la acción reclamando una responsabilidad extracontractual y rechace la posible existencia de una responsabilidad contractual, por estarse ante un evento fuera de la rigurosa órbita de lo pactado, es más, entiende con la sentencia de 15 de febrero de 1993 que puede existir también una responsabilidad contractual, que no impide la exigencia de la extracontractual, como es el caso. Por otra parte, el actor prefiere ejercitar esta acción dadas las dudas que plantea el contenido y naturaleza del contrato que se ha analizado a través de estas líneas, lo cual no predetermina al Tribunal Supremo en cuanto a la posible apreciación de la existencia de una responsabilidad contractual, lo que, no obstante, no parece necesario, puesto que se obtiene el resultado de resarcimiento pretendido³⁶. Así lo demuestra el Fundamento de Derecho sexto cuando señala que *no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento, aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa*. En cualquier caso, cabe insistir en la idea de que nos encontramos ante un territorio típico de concurrencia de las responsabilidades contractual y aquiliana³⁷.

³⁴ Ver a este respecto la STS de 24 de enero de 1992, RA 204.

³⁵ Vid. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana*, RDP 1972, pp. 965 y ss.; IZQUIERDO TOLSADA, *La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación*, RCDI 1991, núm. 603, pp. 443 y ss.

³⁶ Porque, independientemente, incluso, de la naturaleza del contrato, que es lo que principalmente nos ha preocupado, en esta sentencia el Tribunal Supremo, como en otras donde se produce la posible conjunción de responsabilidades, lo que se busca es favorecer el resarcimiento del perjudicado, prescindiendo de otras consideraciones. Como señala CAVANILLAS MÚGICA, *lo que mueve al Tribunal Supremo en realidad es la idea de respetar la acción por la que opta el demandante*, de modo que con planteamientos contradictorios, en ocasiones, lo que pretende es obtener el resultado final condenatorio, ob. cit., p. 129.

³⁷ Cfr. CAVANILLAS, ob. cit., p. 8.

5. NUESTRA OPINIÓN

A lo largo de este trabajo, incluso prescindiendo de otros análisis que no sean los jurisprudenciales, encontramos que las diversas sentencias que abordan directamente la materia lo hacen desde la consideración del contrato como una especie de contrato atípico (algunas hablan simplemente de contrato atípico y otras de arrendamiento complejo³⁸), en el cual la principal obligación, o mejor, su principal contenido, es la guarda y custodia del vehículo. Pero un contrato, de arrendamiento o no, cuya obligación o contenido principal es ése, se nos antoja más bien como un depósito, cuya particular regulación dependerá, por un lado, de la autonomía de la voluntad que en el caso presente asume la forma de contrato de adhesión y por otro (y por ello mismo) de la incidencia de la LGDCU en la materia, en tanto supondrá la pérdida de eficacia de las cláusulas de auto-exoneración de responsabilidad del garajista, lo que trae como inmediata consecuencia que la incidencia de tales normas implica evitar un alejamiento de la figura de su naturaleza de depósito, al menos en cuanto a las obligaciones que establece el artículo 1.766 del Cc.

Parece evidente que el modo de proceder para calificar este contrato y sobre todo a los efectos de delimitar el ámbito de responsabilidad del garajista en tanto parte dominante en el contrato, que impone una serie de condiciones que la otra parte sólo puede aceptar o rechazar, no contratando, es estar en primer lugar a cuál sea el fin principal del contrato: la cesión del uso de una plaza de garaje o la custodia de un vehículo. Por las razones apuntadas nos ha parecido ésta y no aquélla esa finalidad principal del contrato, por lo que la línea de menor resistencia a la hora de calificar el contrato, sin negar que pueda plantear dudas, es la de entender se trata de un depósito, no de un arrendamiento. No obstante, la autonomía de la voluntad puede alejar este depósito cuanto se desee de la idea de depósito ordinario, aunque con las limitaciones propias de la legislación protectora del consumidor indicadas.

Tales dudas quizá queden resueltas adecuadamente en el sentido de la STS de 1994, en tanto la posibilidad de estimar la existencia de una responsabilidad extracontractual, aunque suponga evitar todo intento de aclarar esta relación contractual compleja, permite un amplio margen de valoración *ad casum* de la necesidad o no de resarcimiento. Es claro que se producen los presupuestos necesarios para la existencia de tal responsabilidad: existe una omisión, en este caso de vigilar el vehículo, así como un daño patrimonial y un nexo causal entre ambos, puesto que de haberse debidamente

³⁸ Vid. a este respecto LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XX, 1.^o, EDERSA, Madrid, 1992, en especial, pp. 30 a 32; PORCIOLES, *Arrendamientos complejos en el C.c. y en las legislaciones especiales*, NEJ Seix, t. II, pp. 927 y ss.; CERRILLO QUÍLEZ, *Arrendamientos complejos*, ADC, 1956, pp. 1202 y ss.

vigilado por los encargados de ello, se habría evitado el resultado dañoso (a tal fin destinó el empresario la contratación de guardas para el aparcamiento); de modo que en estos casos el Tribunal Supremo se atendrá, como señalara Lacruz, a una *apreciación razonable y empírica de las cosas, a criterios de sentido común, para señalar quién debe ser considerado, a efectos de la obligación de indemnizar como causante del daño*³⁹. Por otra parte, la omisión no es directamente del empresario garajista, sino de las personas encargadas por él de la vigilancia del garaje, de modo que a la hora de determinar la responsabilidad hay que estar a la aplicabilidad del artículo 1.903 del Cc., lo que en el supuesto de la sentencia de 1994 no planteaba ningún problema, ya que las personas encargadas de la vigilancia son *dependientes del hotel*, de modo que sea la relación de dependencia inmediata exigible según la interpretación más restrictiva del precepto. No obstante, la solución seguramente habría de ser la misma si los encargados de la vigilancia hubiesen sido guardas o vigilantes dependientes no del hotel, sino de una empresa de seguridad con quien contrató el hotel a los efectos de la custodia del garaje; en tal caso la relación de dependencia inmediata de los vigilantes se da respecto de su empresa, que en tal sentido habría de ser la responsable primera; sin embargo se viene admitiendo⁴⁰ la idea de dependencia en un sentido amplio, lo que seguramente permitiría estimar la legitimación pasiva también del titular del garaje. A este respecto, ha señalado Jordano Fraga, lo aconsejable de *abandonar el insuficiente, no siempre posible recurso al art. 1.903, IV, y hacer, de una vez, aplicación efectiva del principio general y autónomo de responsabilidad contractual del deudor por sus auxiliares de cumplimiento, sean o no dependientes de él*⁴¹. Por su parte, éste no va tener posibilidad de eximirse de responsabilidad —o difícilmente— puesto que, como ha indicado Lacruz, *se propone por parte de la doctrina —y es una de las guías de la jurisprudencia—, teniendo en cuenta las finalidades del precepto, hacer más severas las exigencias de cuidado y precaución al empresario, de modo que éste no pueda eximirse de resarcir al perjudicado sino demostrando una diligencia especial y concreta en la prevención de aquel supuesto daño. Aun demostrando ésta sigue siendo responsable si por la clase de actividad desarrollada se ha de aplicar el criterio del riesgo*⁴², como seguramente es el caso.

Por otra parte, el carácter de explotación abierta al público incide también en esta idea, frente al arrendamiento de una concreta plaza de garaje, donde la obligación principal del dueño (no puede hablarse en este caso de garajista) es la cesión del uso de la plaza (y del acceso a ella, como manifestación de la obligación del artículo 1.554 del Cc.) y su posible responsabilidad por daños en el vehículo no viene determinada por una eventual

³⁹ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1.^º, 2.^a ed. Barcelona, 1985, p. 526.

⁴⁰ STS de 11 de diciembre de 1984, RA 7564.

⁴¹ JORDANO FRAGA, loc. cit., p. 921.

⁴² Ob. cit., pp. 581 y 582.

obligación de custodia, sino por su deber de mantener la cosa en buen estado de uso: si al no hacerlo se produce daño en el vehículo responde por aquella razón⁴³, no porque deba custodiarlo, como es el caso del garajista profesional.

En cualquier caso puede recordarse aquí lo señalado por la STS de 19 de mayo de 1982⁴⁴ —ponente D. José Beltrán de Heredia y Castaño— al referirse a los contratos que se denominan atípicos o mixtos: *la autonomía privada permite a los contratantes (...) la creación de tipos distintos de los previstos en la Ley para cubrir las cambiantes necesidades económicas, generalmente utilizando elementos de contratos regulados por ésta, mediante fusión o simple unión de los mismos como sucede en el caso contemplado, que, unas veces son simplemente atípicos bien con propio nombre (hospedaje, garaje, exposición, educación, corretaje, etc.), bien manteniendo los de los que se unen o fusionan... (CDO, 3.º)* y tras señalar las tres posturas doctrinales para explicar estos contratos (absorción, combinación, ecléctica) añade *siendo de observar que la tendencia moderna rechaza las tres posturas, volviendo al viejo principio de analogía, a cuyo tenor habrán de ser tenidos en cuenta los tipos contractuales más afines de acuerdo con la voluntad de las partes, sin que la preferencia de uno u otro suponga la aplicación inflexible de sus reglas legales y dependiendo su solución en última instancia de los que decida con su prudente arbitrio la Autoridad Judicial*. Así lo que se ha pretendido demostrar en estas breves líneas no es que el contrato de garaje indicado sea, con carácter absoluto, un depósito, sino que su naturaleza se acerca en gran medida a él (en la misma que se aleja de la del arrendamiento), lo que no implica que deban ser de aplicación todas las reglas relativas al depósito contenidas en el Cc., pero tampoco las del arrendamiento de cosa, como suele pretenderse en estos contratos de garaje; ello, como se ha reiterado, choca tanto con las reglas interpretativas del contrato como con las disposiciones en materia de responsabilidad y contratación en masa en la legislación sobre el consumo.

6. DOS BREVES NOTAS SOBRE ESTE TIPO DE EXPLOTACIONES

Por último, hay que destacar, aunque no es el objeto directo de estas notas, que se plantean también ciertas dudas acerca de la naturaleza de los arrendamientos de este tipo de garajes o aparcamientos, dudas que se cifran fundamentalmente en si se trata de un arrendamiento de industria o negocio expresamente excluido por la LAU (artículo 3.1), o si, por el contrario, se somete al régimen de ésta. Ya una STS de 22 de abril de 1950⁴⁵ rechaza

⁴³ En este sentido, la SAP de Valladolid de 28 de junio de 1991.

⁴⁴ RA 2581.

⁴⁵ RA 993:

que pueda someterse al régimen de arrendamientos urbanos y por tanto rechaza la sumisión expresa que las partes realizan a tal régimen, considerando que el arrendamiento lo es de industria. No obstante, se han planteado dudas incluso acerca de la tipicidad de este contrato en ciertos casos (STS de 27 de enero de 1989⁴⁶), aunque en general también considerándola como arrendamiento de industria, además de cumplir con otras finalidades que exceden las propias del arrendamiento, así también la STS de 19 de enero 1990⁴⁷ y la de 13 de diciembre de 1990⁴⁸.

En fin, es posible además que la titularidad y el local donde estas explotaciones se encuentren sean puramente privados, o bien es también posible que se constituyan sobre suelo público, con lo que asumirán la forma de una concesión administrativa de duración variable y que a los efectos de los posibles clientes se trasluce en la fijación de los precios por la utilización del garaje, directamente por la administración, o a través de unos índices impuestos por ésta en el acuerdo de concesión⁴⁹.

⁴⁶ RA 133.

⁴⁷ RA 35.

⁴⁸ RA 10003. No así, sin embargo, la STS de 7 de noviembre de 1992, RA 9096, que entiende es local de negocio el de cocheras ya cerrado al público, aunque no antes, en tanto arrendamiento de industria.

⁴⁹ Al respecto puede verse ARNÁIZ EGUREN, *Los aparcamientos subterráneos*, Civitas, Madrid, 1993.

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Ignacio DÍAZ DE LEZCANO
Pedro José FEMENÍA LÓPEZ
Regina GAYA SICILIA
Carmen JEREZ DELGADO
Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ
Lis SAN MIGUEL PRADERA

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Plazo de caducidad.—No tiene carácter procesal cualquier plazo previsto en la ley para el ejercicio de una acción, sino sólo los plazos que tengan su origen en actuaciones procesales. (**STS de 29 de mayo de 1992; no ha lugar**).

HECHOS.—Con fecha 27 de abril de 1987, se interpuso demanda en Primera Instancia con objeto de impugnar un dictamen pericial, notificado con fecha 26 de marzo de 1987. El plazo previsto por la ley para el ejercicio de la acción de impugnación es, en el caso del demandante (asegurador), de 30 días (art. 38.7.^º LCS). La demanda es desestimada en Primera Instancia. En Apelación se confirma la anterior. Se recurre en casación alegando, entre otros motivos, interpretación errónea del citado artículo 38.7.^º LCS, por haberse contado los días inhábiles para el cómputo del plazo, ya que, estima la parte recurrente, se trata de plazo procesal y no sustantivo, por lo que debe aplicarse el art. 304 de la LEC, que considera infringido. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*C.J.D.*).

2. DERECHO DE LA PERSONA

2. No cabe fundamentar en normas de Derecho Público un recurso de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.—Ambos motivos tienen que ser desestimados por citar normas de derecho público, penal y procesal penal, que en modo alguno pueden alegarse ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, a la que no corresponde la aplicación ni la interpretación de tales preceptos, sino la de aquellos que tengan naturaleza privada, debiendo discurrir cualquier conflicto al respecto por el cauce del núm. 1 del art. 1.692 de la Ley Procesal, que contempla el «abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción».

La preferencia del conocimiento por la jurisdicción penal de un delito de desacato no vulnera el principio de igualdad en caso de intromisión ilegítima en el derecho al honor.—La solución ha de ser idéntica para un mismo supuesto de hecho, a lo que no empece lo resuelto por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en 16 de diciembre de 1991, recurso de amparo 604/89, precisamente por existir ahora proceso penal pendiente sobre la misma materia; en dicha sentencia establece el TC que no se vulnera el principio de igualdad cuando los hechos causantes de intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen puedan ser constitutivos de delito perseguible de oficio y las autoridades hayan de aceptar que el órgano judicial civil pase el tanto de culpa a la jurisdicción penal y dé preferencia a este enjuiciamiento, pues la condición de autoridad constituye elemento de diferenciación justificado, que elimina toda desigualdad arbitraria ante la Ley, equivaliendo tal reproche a tachar de discriminatoria la propia tipificación del delito de desacato; tampoco concurriría infracción del art. 18.1 de la CE cuando los hechos fueren efectivamente constitutivos de desacato, pues los derechos fundamentales encontrarían la debida protección penal y si, finalmente, no se calificasen los hechos como constitutivos de tal delito, automáticamente proseguiría la tramitación del proceso civil incoado por el ejercicio de la acción de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982; lo que si considera el TC inaceptable es prescindir del principio de intervención mínima que preside el orden penal y que seguida toda la vía penal para la defensa del honor, intimidad y propia imagen, finalizada ésta, se tenga que iniciar de nuevo la civil que ya se había ejercitado, pues, de acuerdo con el art. 114 de la LECr., promovido juicio penal no puede seguirse pleito alguno sobre el mismo hecho, procediéndose, en su caso, a suspender éste en el estado en que se hallare hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal, lo que concuerda con el art. 362 de la LEC, en cuanto determina que cuando los jueces y Tribunales hayan de fundar exclusivamente la sentencia en el supuesto de la existencia de un delito, procede la suspensión del fallo del pleito hasta la terminación del procedimiento penal, siempre que, oído el Ministerio Fiscal, estimen procedente la formación de causa.

Anulación de sentencia de Audiencia Provincial por afectar a la tutela judicial efectiva y al orden público.—Existe discordancia entre el mal planteamiento del recurso y la realidad jurídica, al resultar improcedente la falta de jurisdicción declarada por la Sala de instancia; por ello, estimando esta Sala que el problema planteado afecta a la tutela judicial efectiva y, en definitiva, al orden público, debiendo existir procedimiento criminal sobre la misma materia, a virtud de lo resuelto en la sentencia ya aludida de 14 de noviembre de 1991 y para evitar en lo posible el peregrinaje de jurisdicciones que igualmente trata de evitar esta Sala, se presenta como lo más adecuado al caso concreto anular la sentencia dictada, en 6 de noviembre de 1989, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la vista, que se deduzca testimonio para remitir al propio Juzgado de lo penal que esté conociendo de la causa, suspendiéndose las actuaciones desde ese momento, sin que pueda ejecutarse provisionalmente la sentencia de primera instancia, y que después, conforme a lo que resulte del proceso penal, se dicte nueva sentencia de apelación. (*STS de 4 de abril de 1992*, declarando la nulidad de la sentencia de la Audiencia Provincial).

HECHOS.—El Diario de Cádiz publicó el 23 de julio de 1987 unos artículos en los que acusaba a dos ex concejales del Ayuntamiento de Algeciras de estar implicados en un posible fraude al erario del citado Ayuntamiento.

Uno de los ex concejales formuló demanda incidental sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona contra la sociedad propietaria del Diario y otra persona física. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la sentencia, acogiendo la excepción de incompetencia jurisdiccional, considerando preferente el orden jurisdiccional penal cuando los hechos pueden configurar un delito de desacato.

El Tribunal Supremo no admite el recurso de casación, pero anula la sentencia de la Audiencia Provincial, suspendiendo las actuaciones ante la jurisdicción civil, reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la vista, hasta que recaiga sentencia en el proceso penal. (*L.F.R.S.*).

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

3. Principio de relatividad de los contratos.—El art. 1.257, párrafo 1 del Código civil, consagra, como es sabido, el principio de relatividad del contrato; pero, como él mismo indica, afecta a los herederos de las partes y, por analogía, a los causahabientes a título particular de los contratantes, como ha declarado esta Sala (SS., entre otras, de 14 de mayo de 1928) y en general al adquirente de los derechos de los contratantes, como ha ocu-

rrido en el caso ahora contemplado respecto de los recurrentes. En caso análogo declaró esta Sala (S. de 31 de enero de 1991) la obligación de cierta entidad social de satisfacer una renta vitalicia concertada por los causantes y antecesores de los actuales socios a favor de la pensionista, no obstante el cambio de personas integrantes del ente colectivo, criterio que es aplicable al supuesto de constituir una entidad comercial por varias personas que asumen la posición en derechos y obligaciones que tenían sus antecesores en el negocio. De seguir un criterio adverso se quebrantaría la buena fe contractual y las consecuencias de ella derivadas, tal como impone el art. 1.258 del Código civil.

Pensión Vitalicia. Naturaleza. Carácter de la obligación.—La pensión de autos no tiene carácter real, habiendo de estimarse en todo caso como *obter dicta* la calificación de «derecho subjetivamente real» hecha por el Tribunal *a quo*, que no menoscaba en absoluto los términos y naturaleza de la pensión vitalicia cuestionada, perteneciente, como ha reconocido esta Sala en casos análogos (SS. de 28 de mayo de 1965 y 1 de julio de 1982, entre otras), a una categoría de contratos autónomos, a los que no son aplicables las reglas de la renta vitalicia, pues bajo la denominación de «contrato vitalicio» a título oneroso se incluyen distintas formas concretas, según los diversos tipos de prestación, que en este caso consistió en cantidades de dinero y asistencia, cuidados, servicios, etc. Aun tratándose de una renta vitalicia propiamente dicha, el derecho a la renta que corresponde a la recurrida no tiene carácter real, sino que sólo produce efectos obligatorios personales, que es la obligación de los deudores de realizar prestaciones periódicas duraderas (SS. de 19 de noviembre de 1927, 11 de abril de 1930 y 23 de noviembre de 1936). (...) No se trata de una obligación personalísima o *intuitu personae*, sino delegable por convenio entre los deudores, admitido por nuestra jurisprudencia (SS., entre otras, de 22 de febrero de 1946, 10 de febrero de 1950 y 10 de enero de 1983). (**STS de 8 de mayo de 1992;** no ha lugar).

HECHOS.—La demandante solicitó la actualización de su pensión vitalicia con arreglo al I.P.C. así como la declaración del derecho a satisfacerla por todos los demandados. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda actualizando dicha pensión pero declarando que el pago incumbía únicamente a uno de los demandados con exclusión de los demás. La Audiencia revocó esta última consideración condenando al pago de la pensión vitalicia de la actora a todos los demandados. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*P.-J.F.L.*).

4. Pago por tercero de deuda ajena.—Según el art. 1.158 del Código civil, «puede hacer el pago cualquier persona», expresión muy amplia que incluye desde luego al deudor y a aquellas personas que tienen relaciones contractuales o legales con el deudor, y también a cualquier tercero que

sin tener ninguna obligación de pagar (ni frente al acreedor ni frente al deudor) proceda voluntariamente a pagar. Pues bien, a estas personas que pagan voluntariamente deudas ajenas es a las que se refiere el art. 1.158.

Aplicación del art. 1.158 del Código civil.—Este precepto no distingue si el que paga tiene o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe o ya lo ignore el deudor, siempre que no conste, como ya se indicó, haberlo hecho contra su expresa voluntad (**STS de 8 de mayo de 1992; ha lugar**).

NOTA.—Consta probado que el demandante y actual recurrente satisfizo con su peculio particular parte de la deuda que tenía la sociedad demandada y recurrida por la compra del inmueble, precio figurado en dos letras de cambio libradas contra la demandada y que esta no pagó, cuyo importe es el reclamado en la demanda. Es obvio que el demandante, al haber actuado como particular y con entrega de su dinero personal, no lo hizo en concepto de socio y si en la cualidad de tercero, y como tal ha de considerársele a los efectos del art. 1.158 del Código civil que invoca el motivo. Por lo tanto, pagó por cuenta de otro (la sociedad demandada), sin que conste haberlo hecho contra la expresa voluntad de ésta; por lo que es evidente que pueda reclamar de la deudora lo que hubiera pagado. (*A.C.S.*).

5. Premisa y requisitos para que pueda prosperar la acción rescisoria por fraude de acreedores.—La rescisión por fraude que se contempla en los núms. 3.^º y 4.^º del artículo que acabamos de citar (1.291 del Cc.), parte, según la doctrina y la jurisprudencia, de una premisa fundamental, y exige además unos requisitos complementarios: la premisa la constituye su carácter subsidiario, «cuando los acreedores no pueden de otro modo cobrar lo que se les deba»; y los requisitos podemos enumerarlos de la siguiente forma: existencia de un crédito a favor de la persona y en contra de otra, celebración por el deudor de un acto o contrato posterior con ánimo de defraudar al acreedor, realidad del perjuicio, carencia de otro medio para obtener su reparación, y que las cosas no se hallen en poder de un tercero de buena fe (SS. de 2-1-1912; 21-6-1945; 17-11-1987; 25-1-1989, entre otras).

Falta de concurrencia de los requisitos de la subsidiariedad y del consilium fraudis.—De estos requisitos conviene destacar, en el caso que nos ocupa, la subsidiariedad y el *consilium fraudis*; esta primera condición está ausente a todo lo largo del desarrollo de los hechos, pues cuando en 3 de octubre de 1985 se otorga la escritura pública que contiene la garantía hipotecaria, no existían los juicios ejecutivos originados por el impago de las primeras amortizaciones de los préstamos, ni los bienes estaban por tanto sujetos a ninguna traba, ni tampoco se ha practicado en los autos prueba alguna tendente a demostrar que el crédito del Banco actor no se

pueda hacer efectivo con el resto de los bienes que se reconoce integraban el patrimonio del deudor, y finalmente tampoco le está permitido a la parte demandante «perdonar», aceptando expresamente la vigencia de la hipoteca constituida en favor de la Caja Rural, y la adquisición de una finca por Gregorio Serrano, cuando ambas disminuciones del patrimonio del demandado tuvieron lugar en fechas muy próximas a la de la hipoteca que se combate. Y por lo que respecta a la complicidad en el fraude, de ninguna manera se deduce de los hechos reconocidos: Doña Milagros Sigüenza, que tenía a su favor un crédito reconocido desde el año 1978, ostentaba el legítimo interés en procurar que le fuera garantizado su cobro (del mismo modo que la Caja Rural había hecho con el suyo fechas antes), y sólo con un poder de adivinación se podía prever que el Sr. Bustos iba en el futuro a dejar de amortizar otros préstamos que tenía contraídos, que el Banco acreedor iba a anticipar el vencimiento de las obligaciones, y que se iban a embargar los bienes hipotecados: si el exigir la constitución de una garantía hipotecaria para asegurar el cobro de un crédito antiguo, cuando el deudor tiene contraída otras deudas posteriores, fuera por sí solo constitutivo de fraude, la mayoría de las operaciones bancarias podrían rescindirse. (**STS de 27 de marzo de 1992; ha lugar.**)

HECHOS.—En 1985, el Banco demandante concedió dos préstamos a un matrimonio. Con posterioridad, los deudores constituyeron dos hipotecas sobre varias fincas, una de ellas en favor de la tercera demandada, y habían vendido otra finca a otra persona, todo ello con anterioridad a que el Banco presentara sus demandas ejecutivas, a consecuencia de las cuales fueron embargadas las fincas hipotecadas.

El Banco acreedor solicitaba la declaración de nulidad del préstamo con hipoteca formalizado por los deudores y la hermana de la esposa, por tratarse de un negocio jurídico absolutamente simulado con la exclusiva finalidad de perjudicar los legítimos derechos del demandante, pidiendo subsidiariamente que se declarase que se rescindiera la mencionada operación, por haberse efectuado en fraude de acreedores.

En la primera instancia se declaró la nulidad del préstamo hipotecario, en lo que excediera de la cantidad realmente adeudada a la demandada, cuyo préstamo era verdadero, ya que databa del año 1978. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial declaró la nulidad del préstamo, por simulación relativa, en lo que excediera de la cantidad realmente adeudada a la demandada, así como la rescisión de la total garantía hipotecaria, por haberse constituido en fraude de acreedores.

Interpuesto el recurso de casación únicamente a los efectos de combatir la declaración de rescisión de la hipoteca por fraude de acreedores, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo con-

siderando que no se dan los presupuestos y requisitos de la acción. (*L.F.R.S.*).

6. Concepto amplio de salario.—En general no cabe desconocer que la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado, habitualmente, por soluciones de amplitud en la equiparación de otros conceptos a salarios. Un resumen de esta posición, con abundantes citas jurisprudenciales, contiene la S. de 22 de noviembre de 1991: «el art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores confiere al concepto de salario una significación bien amplia, al considerar como tal la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, que se confirma en el art. 37 D. 26-1-44, al considerar como salario la totalidad de los beneficios que obtenga el trabajador y, también, las indemnizaciones por espera, por impedimentos o interrupciones de trabajo, sin que dicha amplitud conceptual pueda quedar desvirtuada por la disposición del apartado 2 del precipitado art. 26 del Estatuto de los Trabajadores —no tendrán la consideración de salarios... las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos—, la cual, por otro lado, queda matizada por la del apartado 2 del art. 33 —el Fondo de Garantía salarial abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los arts. 50 y 51 de esta ley—, máxime cuando, con apoyo en el art. 3.1 del Código civil, el espíritu manifestado en la realidad social a que atiende el Estatuto de los Trabajadores, impone una interpretación extensiva del salario, tal como se hizo en S. de 20-11-90, en línea con las de 29-5-70, 27-3-71, 12-11-81 y 18-11-89, al declarar que dentro del concepto de salario a que se refiere el art. 32 del Estatuto de los Trabajadores, se ha de comprender la totalidad de los beneficios que obtenga el trabajador, incluso el eventual por haber sufrido un accidente, y, por tanto, las indemnizaciones que por despido le correspondan con arreglo a la resolución dictada por la magistratura de trabajo». Ya, sin embargo, la S. de esta Sala de 25 de enero de 1991 había sostenido que «no ofrece duda polémica de mayor importancia, el orden preferencial de los créditos superprivilegiados del art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores y los incluidos como indemnizaciones por cese laboral, ya que los primeros fueron hechos efectivos en su totalidad y cancelados... y los segundos no tienen la consideración de salarios, y, por tanto, no están investidos de privilegio alguno».

Prelación de créditos. Créditos «singularmente privilegiados». Exclusión de las indemnizaciones por despido o cese de la relación laboral. La subrogación en los créditos de los trabajadores por parte del Fondo de Garantía Salarial no los convierte en créditos salariales privilegiados.—La Ley de relaciones laborales 16/1976, de 8 de abril, en su art. 32, que, como antecedente más directo e inmediato, permite en función de las diferencias establecer en este punto las modificaciones que el legislador

posterior introdujo en el sistema, posiblemente haciendo eco de las SS. de 29-5-1970 y 27-3-1971, al establecer la categoría de créditos «singularmente privilegiados», se refiere a los «créditos por salarios o conceptos sustitutivos del salario» y, a renglón seguido, habla de «créditos salariales o asimilados». Aunque la extensión de conceptos asimilados o sustitutivos, no incluye, en puridad, las indemnizaciones por despido o cese de la relación laboral que son, en realidad, indemnizaciones por perjuicios, y no tienen el carácter de contraprestación salarial, durante el debate legislativo se puso de relieve que tales conceptos comprendían las indemnizaciones por despido. En cambio, el actual art. 26 de Estatuto de los Trabajadores, no sólo eliminó la expresión «conceptos sustitutivos del salario» o la de «conceptos asimilados», sino que enfrentando directamente el problema estableció sin ambages en el apartado 2, que las indemnizaciones correspondientes a despidos, entre otras partidas, no tienen la consideración de salarios; por ello, puesto en relación este artículo con el art. 32.3 del Estatuto de los Trabajadores, que se refiere a las «garantías del salario», tienen difícil encuadre entre los créditos «singularmente privilegiados», unos créditos que previamente han sido excluidos *expressis verbis* por el legislador de la noción de salario. Si bien es cierto que corresponde al Fondo de Garantía Salarial abonar al trabajador, en caso de insolvencia del empresario, determinada suma por salarios y otras que se extienden a indemnizaciones por cese o extinción de la relación laboral, dentro también de ciertos límites, y es lo cierto que para el reembolso de las cantidades satisfechas, el Fondo se subroga en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados, tal remisión, mal puede interpretarse como supresora de los contenidos que a los referidos preceptos atribuye el legislador en perfecta coordinación, máxime si se piensa que la acción de subrogación no puede ir más allá, por ser una noción ancilar, de los límites del objeto de la subrogación al que tiene que ceñirse por exigencias de su propia función.

La confirmación de esta interpretación la proporciona el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial que tras distinguir en los arts. 18 y 19, separadamente, las «prestaciones por salarios pendientes de pago» y las «prestaciones indemnizatorias», cuando trata de las «acciones por subrogación», reconoce en el art. 30 apartado 3, subsiguiente a la realización del pago, que no toda cantidad satisfecha por el mismo al trabajador genera la preferencia del art. 32 del Estatuto de los Trabajadores. (**STS de 11 de mayo de 1992; ha lugar).**

HECHOS.—Los demandantes pretendían percibir las diferencias entre las cantidades reconocidas como indemnización por resolución de contratos de trabajo y las cantidades percibidas del Fondo de Garantía Salarial. Dichas cantidades fueron reclamadas inicialmente, en ejecución de sentencias, ante las magistraturas de trabajo respec-

tivas. Ante la insolvencia de la empresa empleadora de los actores, éstos pretenden que se declare su mejor derecho sobre el producto de la venta de una finca embargada a dicha empresa. El Juez de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia revoca dicha decisión, estimando la tercería de mejor derecho de los trabajadores sobre la sociedad ejecutante del embargo. El Tribunal Supremo anula la sentencia de la Audiencia. (*P.-J.F.L.*).

7. La resolución contractual en la venta de cosa ajena.—La venta de cosa ajena con conocimiento de ello, en principio es un supuesto de responsabilidad por culpa *in contrahendo* que justifica la resolución contractual. La compraventa se perfecciona al existir convenio sobre la cosa objeto del contrato y sobre el precio. Si existe alguna imposibilidad material que impide el cumplimiento del contrato derivado de la mala fe de una de las partes, no se le puede conceder a ésta, la facultad de resolver el contrato.

Se puede conceder la resolución, con resarcimiento indemnizatorio a la parte que en un principio postuló el cumplimiento del contrato, si existe una imposibilidad de cumplimiento.

El mutuo disenso.—Para que el mutuo disenso sea causa de extinción de las obligaciones, el consentimiento debe aparecer expresamente probado, no puede hablarse de disenso tácito. (**STS de 21 de mayo de 1992; ha lugar**).

HECHOS.—Se celebra un contrato privado de compraventa de un inmueble entre F. y C.C.P. como vendedoras y F.H. como comprador. Con posterioridad a la celebración del contrato, las vendedoras no otorgan escritura pública, por no ser ellas las únicas propietarias del inmueble, a pesar de haberse identificado como tales. F.H.C. solicita el cumplimiento del contrato. Primera Instancia declara que el contrato es válido y perfecto, pero tratándose de cosa ajena, no puede ser cumplido, por lo que procede su resolución. En apelación se establece que el contrato queda resuelto por mutuo disenso. El TS anula la sentencia de segunda instancia y confirma el fallo de la primera. (*L.S.M.P.*).

8. Resolución de un contrato de compraventa de solar. Aplicación del art. 1.504 del Código civil.—a) Que según la doctrina que en los últimos tiempos va estableciendo esta Sala en materia de interpretación del citado art. 1.504 Cc., es de tener en cuenta (también a título de diferencia con la del art. 1.124 del mismo texto legal), que en los supuestos en que aquél precepto sea aplicable y en lo que al incumplimiento se refiere, no es precisa la existencia de esa voluntad deliberadamente rebelde que para el 1.124 se exige, siendo suficiente la concurrencia en el incumplimiento de una conducta o actuación obstativa al cumplimiento (SS. de 26 de enero, 6 y 20 de octubre de 1984, 26 de enero de 1988, 8 de febrero, 2 de junio

y 20 de diciembre de 1989, 24 de febrero y 21 de julio de 1990); b) Que para producirse el efecto «resolución» es preciso requerimiento judicial o notarial, lo cual ha tenido lugar en este caso; c) Que a diferencia de lo que acontece con el art. 1.124 del Código civil, es este dicho requerimiento el que provoca *per se* la resolución contractual, razón por la cual no solamente no puede otorgarse ese nuevo plazo a que se refiere el citado art. 1.124-III del Código civil (cuando medien causas justificadas) sino que, además, el requerimiento marca el momento en que nace o surge la resolución haciendo ineficaz el pago realizado después del mismo (SS. de 21 de marzo y 27 de abril de 1988, así como la de 2 de marzo de 1992 y las en ella citadas a estos efectos). (**STS de 8 de mayo de 1992**; no ha lugar).

9. Resolución de compraventa de inmuebles por incumplimiento de la obligación de pago del comprador. Diferencias entre el art. 1.124 y el art. 1.504 del Código civil.—Se trata por lo tanto de un claro supuesto de dicho art. 1.504, cuya aplicación aun cuando no siempre pueda o deba separarse de la del art. 1.124 Cc., dado que éste constituye el principio general en la materia, sí es preferente según la jurisprudencia cuando se trata de venta de inmuebles, como ocurre en este caso, máxime si cual en él acontece ha sido pactada *inter partes*; 3.^º Es también de señalar que lo implícito en el art. 1.504 Cc. es, no sólo marcar el límite o momento hasta el cual el deudor moroso puede cumplir la obligación, sino también señalar el momento en que nace la resolución del contrato sujeto a tal evento, a la vez que poner de manifiesto al deudor incumplidor la existencia de una intimación concreta por parte del acreedor impagado para que se allane a la resolución de la obligación (SS. de 30 de octubre de 1956, 10 de marzo de 1966, 5 de noviembre de 1970, 11 de mayo de 1979, 30 de marzo de 1981), que a virtud de dicho requerimiento ha quedado resuelta; 4.^º Sobre tales bases y con la mirada puesta en dicho precepto es de señalar que, a diferencia de lo que acontece con el art. 1.124, en el 1.504 para que se produzca la resolución contractual por falta de pago se precisa además de haberse estipulado haya expirado el plazo establecido, así como que el moroso hubiere sido requerido judicial o notarialmente de pago, toda vez que en tanto dicho requerimiento no se hiciere, el deudor puede abonar la deuda (SS. de 18 de febrero de 1959 y 16 de octubre de 1961 entre otras). 5.^º Consecuencia de lo que se acaba de indicar es que el depósito efectuado por el demandante y hoy recurrido Sr. Delgado Calvo que se dejó reseñado en el núm. 4.^º del primero de estos Fundamentos, no es admisible por cuanto realizado después de efectuado el requerimiento notarial de resolución, siendo éstas las principales diferencias entre el art. 1.124 y 1.504 Cc., en cuanto conforme a aquél se autoriza al Tribunal a que cuando medien causas justificadas pueda señalar plazo para el cumplimiento, lo que no acontece con el 1.504, en el cual no solamente ello no es posible sino que incluso está proscrito el pago después de haberse recibido el requerimiento resolutorio, como en el presente supuesto ha sucedido. (**STS de 20 de marzo de 1992**; ha lugar).

HECHOS.—El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación y declara bien resuelto un contrato de compraventa de inmueble por incumplimiento de la obligación de pago del comprador, puesto que éste procedió a satisfacer la cantidad que le faltaba para completar el precio después de haber tenido lugar el requerimiento resolutorio de los vendedores. (*L.F.R.S.*).

10. Arrendamiento de servicios: Regulación. Contrato *intuitu personae*.—El contrato de arrendamiento de servicios se rige por lo pactado y, en su defecto, por las normas contenidas en los arts. 1.544 y 1.583 y ss. del Cc. También, este tipo contractual se encuadra en el grupo de los contratos en los que las relaciones tienen en cuenta el principio *intuitu personae*.

Posibilidad de resolución unilateral del contrato: Indemnización.—El contrato de arrendamiento de servicios puede resolverse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes. Eso sí, la resolución unilateral podrá hacer surgir la obligación de indemnizar si se produce en contra de lo pactado o cuando en el propio pacto se prevea indemnización por el cese. (**STS de 30 de marzo de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.—El litigio arranca de un contrato de altos cargos y alta dirección celebrado entre don Jorge G.S. y la «Caja de Crédito Mutual, Sociedad Cooperativa», por el que el primero accedió al cargo de Director General con duración indefinida y con el derecho a indemnización para el supuesto de despido sin causa justificada. Don Jorge G.S. fue despedido por incumplir los deberes del cargo, lo que provocó su demanda en la que pedía en síntesis: a) Nulidad del despido por improcedente y por ser falsos los hechos imputados; b) Que se le reintegre al puesto de Director General en la Caja de Crédito Mutual o en su caso en la entidad que la haya sustituido (Caja Madrid), y c) Que se le indemnice si no es readmitido. Hay que aclarar que la jurisdicción laboral se declaró incompetente por razón del cargo que desempeñaba el actor. Recae sentencia desestimatoria en la instancia. Se rechaza la apelación por la Audiencia Provincial. Y se interpuso recurso de casación, articulado en infracción del Real Decreto 2860, de 23 de noviembre de 1978 (ya que, según el recurrente, a sus preceptos debió de sujetarse el despido) y por error en la apreciación de la prueba. No prosperó el recurso de casación. (*I.D.L.*).

11. Honorarios del Letrado: no es preciso facturar por separado la instrucción y la asistencia a la vista.—No puede considerarse improcedente señalar honorarios por la preparación para la vista, al ser ello parte integrante de la actuación del Letrado. La circunstancia de que se engloben

los dos conceptos (instrucción y vista) en la tasación efectuada no implica que sean indebidos, ni producen confusión alguna, dado que el trámite de instrucción puede considerarse accesorio en el aspecto intelectual, respecto de los de preparación y asistencia a la vista que son los principales y sobre los que gravita la suma señalada en su totalidad (SS. de 31 de marzo y 15 de septiembre de 1987; 20 de marzo de 1989; 20 de junio y 14 de diciembre de 1990). (**STS de 10 de marzo de 1992**; se desestima la impugnación).

HECHOS.—Al ser condenada en costas la parte recurrente en casación, se practicó a instancia de la parte recurrida y vencedora del litigio la tasación de las mismas en la que se incluía la minuta de honorarios del Letrado Sr. M.P. que por todos los conceptos (puntualizando que se refiere a los trámites de instrucción y asistencia a la vista) se cifraba en un total de 3.426.132 pesetas. Sin embargo, la parte obligada a su pago impugnó dichos honorarios por indebidos (al no figurar, a su entender, detallado el importe global de la minuta) y excesivos. (*I.D.L.*).

12. Minuta del Letrado.—La minuta de autos mantiene cierta indeterminación en tanto no describe los trámites realizados, pero tal defecto no es tan grave que lleve a la sanción de honorarios indebidos, pues su referencia a las normas de honorarios 48.86, 1.^a y 86, 2.^a del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y la efectiva realización de los trámites de instrucción y vista, conducen a la conclusión de haberse minutado de forma indeterminada, pero determinable (**STS de 5 de mayo de 1992**, que declara debidos los honorarios del Letrado, sin expresa imposición de costas por este incidente).

13. Arrendamiento Urbano: Revisión de renta.—Es doctrina del Tribunal Supremo que, salvo pacto en contrario, la base a tener en cuenta para la revisión de la renta arrendaticia se corresponde con la renta exigible en el momento de la adecuación. (**STS de 25 de mayo de 1992**, ha lugar).

HECHOS.—El único motivo alegado en casación se refiere a la base que se ha de tomar para la determinación de la nueva renta en las operaciones de revisión, según el Real Decreto-ley 15/1980, de 12 de diciembre. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (*C.J.D.*).

14. Arrendamiento de finca rústica sujeto a la L.A.R. de 1980:
Diferencia entre el profesional de la agricultura y el cultivador personal.—De los arts. 15 y 16 de la Ley se deduce una nota diferencial entre ambas figuras que permite distinguir entre la «exclusividad» en la dedicación del cultivador personal y la «simple preferencia» que tiene el profe-

sional de la agricultura en la dedicación agraria respecto de la finca o fincas objeto de contrato de arrendamiento. En este sentido, la «preferencia» para ser profesional de la agricultura no es ingrediente propio del cultivador personal al requerir éste un mayor acento de «exclusividad» (SS. de 27 de abril y 15 de julio de 1988; 6 de junio y 17 de octubre de 1989 y 16 de mayo de 1990).

Algunos supuestos que excluyen la condición de cultivador personal del arrendatario.—La «exclusividad» en su dedicación agraria del arrendatario ha de rechazarse cuando el mismo posea (como sucede en el presente caso) otros cultivos de regadio en distinto término municipal y establecimiento comercial abierto al público (**STS de 4 de abril de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.—La actora, dueña de tres parcelas o cercas destinadas a la explotación ganadera, solicita el desahucio del arrendatario de las mismas por haber expirado el contrato de arrendamiento que facultaba a éste a dicha explotación. El demandado alegaba tener derecho a prórroga dada su condición de cultivador personal. Las sentencias de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial accedieron a la pretensión de la actora. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—En las actividades de carácter agrario deben comprenderse las ganaderas o forestales, puesto que el contrato de arrendamiento rústico, según el art. 1 de la LAR, puede tener por objeto los citados aprovechamientos. (*I.D.L.*).

15. Arrendamientos rústicos. Determinación del precio a satisfacer por el arrendatario en caso de acceder a la propiedad de la finca arrendada.—Es doctrina de esta Sala, que ha cristalizado ya en las sentencias de 30 de marzo de 1987 y 15 de julio de 1988, que dado que la Ley de Arrendamientos Rústicos remite expresamente a la Ley de Expropiación Forzosa para la determinación del precio a satisfacer, la norma primaria y fundamental a estos efectos es la contenida en el art. 39 de la misma, que fija el valor atendiendo a la media aritmética entre la cantidad resultante de capitalizar al interés legal la renta líquida, aumentada en un 5 o en un 10 por 100, según sea catastrada o amillarada, y el valor en venta actual de fincas análogas por su clase en el mismo término municipal o comarcal, si bien es cierto que cuando el precio así calculado no resultase conforme con el valor real de los bienes puede acudir el órgano judicial encargado de la valoración —en este caso el competente para la ejecución de sentencia— a otros criterios valorativos, no siendo esta cuestión competencia actual de la Sala de Casación. (**STS de 29 de abril de 1992**; ha lugar).

HECHOS.—Por la parte actora se promovió demanda de juicio de cognición sobre el acceso a la propiedad de finca rústica. El Juez

de Primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró el derecho del actor de acceder, en su calidad de arrendatario rústico, a la propiedad de la finca. La Audiencia modificó las bases con arreglo a las cuales debía abonarse por el arrendatario el precio de la propiedad rústica a cuyo acceso se encaminaba la demanda. Contra esta sentencia demandante y demandados interpusieron sendos recursos de casación por infracción de Ley. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de los demandados y estima el de la parte contraria. (*P.-J.F.L.*).

16. Arrendamientos rústicos. Ejercicio del derecho de adquisición forzosa de la propiedad por el arrendatario: condición de «cultivador personal».—Es doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que la condición de «cultivador personal» de la finca arrendada, a los efectos de gozar de los privilegios que le concede la regulación vigente, requiere el carácter de ocupación profesional *exclusiva* a las tareas agrarias de la finca de la que es arrendatario. Por tanto, no puede ejercitarse el derecho de adquisición forzosa de la propiedad (previsto en el art. 99 LAR para el arrendatario que tenga la cualidad de cultivador personal) quien hasta poco antes venía dedicándose profesionalmente a otras actividades. (**STS de 1 de junio de 1992**; ha lugar a uno de los dos recursos de casación interpuestos).

HECHOS.—En Primera Instancia y en apelación se reconoce el derecho de adquisición forzosa del arrendatario de una finca rústica. En casación se declara haber lugar al recurso interpuesto por la parte arrendadora, denegando al arrendatario el ejercicio del derecho de adquisición forzosa. (*C.J.D.*).

17. El pago de renta excluye la existencia de precario.—«Además, los invocados documentos, en los que la parte recurrente apoya su alegación sobre la naturaleza de la relación jurídica que liga a los contendientes, resultan contradichos por otros elementos probatorios obrantes en autos, como es la prueba testifical que pone de manifiesto que los causantes del actor recurrido han venido pagando diversas cantidades en dinero y especie al propietario del inmueble en concepto de renta, lo que destruye el pretendido carácter de precaristas que por el propietario se atribuye al recurrido y sus antecesores desde el año 1954...».

El valor o eficacia de los documentos públicos no se extiende a su contenido.—«...equiparado por el art. 1.225 del Código civil el valor del documento privado legalmente reconocido a la escritura pública la cual, a tenor del párrafo 2.º del art. 1.218, hace prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellas hubiesen hecho los primeros, es de tener en cuenta la reiterada jurisprudencia de esta

Sala (SS. de 28 de febrero y 13 de marzo de 1989, 20 de febrero y 3 de marzo de 1990) que afirma que el valor o eficacia de los documentos públicos no se extiende al contenido del mismo o a las declaraciones que en ellos hayan hecho los otorgantes, pues aunque en principio hacen prueba contra ellos o sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por pruebas en contrario...».

Concepto de «cultivador personal». Compatibilidad entre tal condición y el ejercicio de una pequeña industria.—«Ha establecido la jurisprudencia de esta Sala (SS. de 30 de diciembre de 1985, 10 de marzo de 1986 y 28 de abril de 1989) que la operatividad de la norma contenida en la Disposición Transitoria Primera, regla 3.^a, exige el acreditamiento por el interesado de su condición de cultivador personal, “expresión esta, dice la citada sentencia de 1989, que aunque con significación no asimilable al de profesional de la agricultura que contempla el art. 15 de la Ley, para calificar la dedicación preferente agraria, sí ha de conectarse con el concepto que figura en el art. 16 de la propia Ley en que, bajo la denominación de cultivador personal, se exige llevar la explotación por si o con ayuda de familiares que con él convivan, sin usar asalariados más que circunstancialmente” y la S. de 23 de junio de 1988 reconoce la compatibilidad entre la condición de cultivador personal a que alude el art. 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos y el ejercicio de una pequeña gasolinera “puesto que, dice, para originar situación de incompatibilidad de hecho en dos actividades se requiere la revelación de la no posibilidad de ejercicio conjunto de ambas, lo que no se produce en el referido aspecto, en contra de lo apreciado por la Sala de instancia, por la sola circunstancia de que quien lleve en arrendamiento fincas rústicas se dedique también a la explotación de una pequeña gasolinera, toda vez que la dedicación a ésta no impide el invocado carácter legal de cultivador personal a que se contrae el art. 16 de la referida Ley de Arrendamientos Rústicos, pues que este precepto no la configura como actividad estricta a cargo exclusivamente del arrendatario, sino que lo posibilita con ayuda de familiares que con él convivan lo que tanto quiere decir que con esa ayuda familiar nada impide el simultáneo desempeño de la explotación de las fincas y de la pequeña gasolinera”. En el presente caso, la dedicación del actor a trabajos de reparación de vehículos automóviles como chapista en talleres dedicados a esa actividad no resulta incompatible con la explotación de fincas a que se contrae el litigio, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de fincas dedicadas a prado en la casi totalidad de su superficie que es de unas dos hectáreas, con sólo una pequeñísima parte destinada a huerto para la obtención de productos de consumo familiar y que el actor cuenta con la ayuda de sus padres con los que convive, por lo que debe reconocerse en el demandante la condición de cultivador personal que le atribuye la Sala *a quo...*».

(STS de 3 de julio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Durando interpone don M.E.M. juicio de cognición sobre acceso a la propie-

dad de media casería al amparo de la Disposición Transitoria Primera, regla 3.^a, de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos. Se estima la demanda. Apela el propietario de la casería confirmando la Audiencia Provincial de Bilbao la sentencia del Juzgado. Recurre nuevamente el propietario demandado y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*R.G.S.*).

18. Renuncia de derechos.—La renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos.

Relación de causalidad. Teorías. Influencia respecto de la cobertura de riesgos y la cuantificación de daños.—Según la «equivalencia de condiciones», se reputa causa toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que éste no se hubiera producido si la condición no se hubiere dado (*condictio sine qua non*). La «causalidad adecuada» exige la determinación de si la conducta del autor del acto, concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dado, de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad. La orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre un antecedente (causa) y una consecuencia (efecto). Tales doctrinas y orientación jurisprudencial sólo afectan al módulo cuantitativo responsabilizador cuando la causa originaria alcance tal trascendencia que haga inoperante cualquier otra incidencia, así como que ésta no sea generante de una causa indemnizatoria independiente.

Incremento de la indemnización. Únicamente se produce cuando la causa de la cantidad a abonar se encuentra previamente determinada por vía contractual o por otra causa eficiente.—No puede aplicarse el incremento indemnizatorio e interés del 20 por 100 anual previsto en los arts. 20 y 38.9 de la Ley de Seguro de 8 de octubre de 1980, ya que para aplicar las consecuencias del invocado art. 20 se precisa que el impago, transcurrido el plazo de tres meses que previene, ha de ser sobre la base de causa no justificada o que fuese imputable, y esa justificación y falta de imputabilidad en la producción del pago sí se produce cuando, como en el presente caso ocurre, la determinación de la causa, y en consecuencia de la exacta cantidad a abonar por vía de indemnización con base en aquélla, ha precisado efectuarse por el órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, y dado, además, que la cantidad a indemnizar no está predeterminada contractualmente; y para dar asimismo aplicación al precitado art. 38 se requiere que la causa de la indemnización

devenga inatacable, aspecto que no es de apreciar en el supuesto examinado, pues no puede entenderse inatacable lo que precisamente ha requerido una determinación previa cuantitativa por el correspondiente órgano jurisdiccional en su adecuado y exacto alcance, todo lo cual origina, como consecuencia, que la aplicación de tal módulo cuantitativo de incremento del 20 por 100 únicamente se produce cuando la causa de la cantidad a abonar se encuentra previamente determinada por vía contractual o por otra causa eficiente, pues de lo contrario sólo procede a partir de la firmeza de la sentencia que fija dicha causa y con su base la cantidad a indemnizar, que es el momento adecuado para originar la existencia de cantidad líquida exigible generadora de mora determinante de abono de interés, según tiene declarado esta Sala, por aplicación del principio *in illiquidis non fit mora*, en SS., entre otras, de 4 de mayo y 8 de junio de 1986 y 20 de febrero de 1988. (STS de 3 de abril de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Como consecuencia del desbordamiento del río Nervión, por la parte actora se promovió demanda de reclamación de cantidad contra el Consorcio de Compensación de Seguros. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda. La Audiencia modificó la suma a pagar por el Consorcio. El Tribunal Supremo desestimó los recursos de casación de ambas partes. (*P.-J.F.L.*).

19. Responsabilidad civil del Estado. Reclamación previa a la vía judicial en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958: La falta de reclamación previa es un defecto subsanable y no tiene carácter absoluto.—La jurisprudencia ha venido declarando que, aun reconociendo las diferencias entre la reclamación previa y el acto de conciliación, pueden asimilarse desde el momento que aquélla viene a sustituir a éste, esto es, su finalidad es idéntica y, en consecuencia, sus efectos (SS. de 20 de junio de 1889, 17 de marzo de 1972, 27 de febrero de 1987 y 26 de mayo de 1988, entre otras), de donde se infiere que la falta de reclamación previa es un defecto subsanable. En definitiva, la exigencia de reclamación previa en vía administrativa no puede operar como condicionante absoluto del ejercicio de la acción, sino que debe considerarse como un requisito puramente formalista sin fundamentación procesal alguna, que debe ser obviado en aras de la efectividad de la tutela judicial consagrada constitucionalmente (art. 24.1 de CE).

La falta de reclamación previa se considera subsanable en la instancia, pero no en el recurso de casación donde se revela improcedente y su omisión irrelevante (L.P.A. de 17 de julio de 1958).—La contestación por parte de la Administración (previa consulta a la D.G. del Servicio Jurídico del Estado) a la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor implica una clara negativa al abono de la indemnización solicitada, lo que hace que carezca de sentido demorar la resolución del recurso extraordinario de casación para que se formule una reclamación más, que no sólo ha

perdido su carácter de previa sino que sería absolutamente inútil y daría lugar a una dilación procesal indebida, que debe ser evitada (art. 24.2 de la CE).

Responsabilidad civil del Estado: Interpretación del antiguo párrafo quinto del art. 1.903 Cc.—El Estado responde de los daños causados por sus funcionarios, siempre que éstos actúen dentro del ámbito que les sea propio, pues a través de ellos ejerce sus funciones.

La Administración del Estado responde por la imprudencia de un conductor de automóvil a su servicio.—(SS. de 20 de marzo de 1975 y 5 de marzo de 1977). (STS de 27 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Don Juan Antonio O.R. formuló demanda en la que solicitaba que se le indemnizara con 6.940.655 pesetas por los daños que se le ocasionaron a consecuencia de un accidente de circulación, imputable a un miembro de la Guardia Civil que conducía un automóvil perteneciente a la 521 Comandancia de Logroño. Fueron demandados el conductor, el Ministerio del Interior, la Dirección General de la Guardia Civil y el Fondo Nacional de Garantía.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó al conductor a que indemnizase al actor en 3.940.655 pesetas de los cuales, respondía solidariamente el Fondo Nacional de Garantía en la cantidad de 778.400 pesetas; el Ministerio del Interior y la D.G. de la Guardia Civil fueron absueltos al apreciarse la excepción de falta de reclamación previa ante estos organismos. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y estimó la demanda en su totalidad, salvo el límite de 778.400 pesetas respecto al Fondo Nacional de Garantía. No prosperó el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado.

NOTA.—La nueva Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común articula las reclamaciones previas como un requisito preprocesal y de admisibilidad del ulterior proceso civil o laboral (cfr. arts. 120 a 126 de la Ley). El carácter preceptivo (carga procesal en sentido estricto) y no facultativo de la interposición de la reclamación previa se destaca en el art. 120 de la Ley. Frente a la jurisprudencia que ha permitido subsanar la falta de su previa interposición, la nueva Ley prohíbe la admisión de demandas en tanto no esté resuelta la reclamación, expresa o por silencio (Cfr. art. 121 de la Ley). (*I.D.L.*).

20. Responsabilidad extracontractual: Indemnización por accidente de circulación. Caso en que no entra en juego la inversión de carga de la prueba: Cuando ambas partes pueden alegar en su favor la inversión de la misma.—En el caso debatido, originado por una colisión de

vehículos, cuyos conductores pueden alegar cada uno en su favor la inversión de aquella carga probatoria, deben aplicarse las reglas generales del art. 1.214 Cc. y jurisprudencia interpretativa.

Culpa extracontractual: La culpa de una persona puede perjudicar a otro que sea copartícipe en esa culpa.—Las leyes de Partida (Partida 7.^a, título 34, leyes 18 y 22), que, si bien no podía prever la colisión de vehículos en el sentido moderno, determinó que «la culpa de uno non debe empescer a otro que non haya parte», es decir, teniendo en cuenta que el término «empescer» equivale al actual «empecer» (dañar o perjudicar): La culpa de una persona no debe perjudicar a otra que no tenga parte en esa culpa. Por tanto, *a sensu contrario*, la culpa de uno puede perjudicar a otro que sea copartícipe en esa culpa.

Concepto clásico y moderno de culpa.—El concepto clásico de culpa viene recogido en el art. 1.104 del Cc. como la omisión de la diligencia debida según las circunstancias. En sentido moderno, se entiende por culpa la causación de un daño a bienes jurídicamente protegidos (**STS de 15 de abril de 1992; no ha lugar**).

HECHOS.—La actora, por sí y en nombre de sus dos hijos menores, formuló demanda contra los ignorados herederos de don José E.X. y contra la Caja de Previsión y Socorro, S. A., en la que reclamaba una indemnización por el fallecimiento de su esposo en accidente de circulación. El siniestro ocurrió de la siguiente forma: El esposo de la actora conducía un turismo por la carretera Palamós-Gerona, al efectuar un cambio de dirección a la izquierda, con objeto de tomar un camino, no vigiló la inexistencia de vehículos antes de decidirse a girar, lo que provocó la colisión con una motocicleta que circulaba en la misma dirección, con intención de adelantarle, conducida por don José E.X. y asegurada por la codemandada Caja de Previsión y Socorro, S. A. A consecuencia del siniestro fallecieron el conductor de la motocicleta y el del turismo. La acción fue desestimada en ambas instancias. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*I.D.L.*).

4. DERECHOS REALES

21. Acción reivindicatoria. Necesidad de acreditar el dominio o la posesión no interrumpida.—El demandante no ha acreditado su domicilio de la finca reivindicada ni la ha poseído no interrumpidamente, pues afirma «que siempre fue disfrutada en mano común por todos los vecinos», y la sentencia del Juzgado aunque parece admitir la posesión del actor, niega que fuera quieta y pacífica y declara su interrupción por «actos netamente administrativos, de gestión u otros de naturaleza análoga».

Art. 38.1.º de la Ley Hipotecaria. Presunción *iuris tantum*. Principio de legitimación registral.—Ha de advertirse que, no justificado el dominio, desaparece el hecho básico de la presunción *iuris tantum* establecida en el art. 38.1.º de la Ley Hipotecaria, sometida a materia de juicio y simple elemento de prueba a conjugar con los restantes (S. de 2 de septiembre de 1982), y también que no juega el principio de legitimación registral si la sentencia se funda en datos y pruebas extrarregistrales, de derecho sustantivo, sin cuestionar el Registro (S. de 26 de octubre de 1981), así como que dicho precepto sólo establece una presunción *iuris tantum* de exactitud del asiento registral, susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario (S. de 16 de septiembre de 1985, reiterando lo declarado en la que lleva fecha 4 de enero de 1982).

Principio de buena fe registral.—No concurre en el demandante el requisito de buena fe —como situación cognoscitiva, es decir, estado de creencia o de ignorancia acerca de la exactitud registral o de la titularidad dominical que el Registro proclama (S. de 10 de febrero de 1983)— exigido en el art. 34 de la Ley Hipotecaria, para ampararse en la protección registral (S. de 29 de mayo de 1970, 25 de mayo de 1974 y 5 de enero de 1977, entre otras).

Usucapión. Requiere la posesión efectiva del derecho real que se trata de adquirir.—No se desconoce en la sentencia impugnada que la «prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriiese mayor lapso de tiempo» (art. 1.939 del Cc.), sino que niega la realidad de la posesión del actor y de quienes trae su causa, por lo que no se ha infringido el precepto transcrita y lo propio sucede respecto al art. 35 de la Ley Hipotecaria, ya que, según la doctrina jurisprudencial —así, S. de 28 de enero de 1978, con cita de otras anteriores—, en nuestro Derecho hipotecario no se admite de forma pura la usucapión *secundum tabulas* sino que se requiere la posesión efectiva del derecho real que se trata de adquirir, sin que sea suficiente la presunción derivada de la legitimación registral, pues se trata de una presunción *iuris tantum* susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario. (STS de 8 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El demandante ejercitó acción reivindicatoria contra la «Comunidad del Monte vecinal en mano común llamado Río del Sol de San Salvador de Erbecedo», acción que tenía por objeto una finca rústica destinada a monte; desestimada la pretensión en Primera Instancia, la Audiencia Provincial de La Coruña confirmó en apelación la sentencia del Juzgado declarando que no está probado que los montes del antiguo Coto de Abelenda —que nunca llegaron a dividirse— «pertenezcan a quienes entonces disponían

de ellos en favor de los caseros o colonos». El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*P.-J. F.L.*).

22. Retracto de comuneros. Exige la condición de copropietario del actor y la enajenación a un extraño de la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos.—No ha lugar a la pretensión del retrayente porque los comuneros demandados no vendieron sus cuotas sino la totalidad física del objeto sobre el que recae la copropiedad, y la acción de retracto de comuneros recae exclusivamente sobre la parte que éstos tienen cuando se enajene a un extraño (art. 1.522, párrafo 1.º, del Código civil). De lo contrario, es decir, dando lugar al retracto, se produciría la consecuencia absurda de que el retrayente adquiere su propia cuota en el objeto. Tampoco se puede dar lugar al retracto pero limitado a las cuotas de los vendedores, pues aparte de que no se pidió, se impondría a la retraída entrar en una situación de comunidad que no fue la querida por ella al comprar la finca como un todo, no cuotas ideales de propiedad sobre la misma.

A esta misma conclusión negativa sobre la existencia de derecho de retracto en favor del recurrido se ha de llegar si se tiene presente que los vendedores-recurrentes enajenaron mediante contrato la totalidad de la finca sobre la que aquél pretende ejercitarlo, disponiendo por tanto sin su consentimiento al efectuar la *traditio*, por lo que ésta no es válida (art. 1.160 del Código civil). Pero mientras no se ejerçiten las acciones oportunas, la sociedad compradora es la titular dominical única de la finca, no está sometida a ninguna situación de comunidad, por lo que obviamente no tienen aplicación las normas del retracto de comuneros que la presuponen, y por ello regulan tal derecho de adquisición preferente para acabar en lo posible con ella. Si, según doctrina de esta Sala, «un vínculo de derecho contractual, cualesquiera que sean los vicios de su inicial formación, debe respetarse y estimarse válido hasta que se resuelva por los Tribunales sobre su nulidad, máxime cuando se está en presencia de un acto real y existente, no simulado» (S. de 3 de octubre de 1979 y las que cita), no hay ninguna razón para no aplicarla a la *traditio* realizada sin poder de disposición como cumplimiento de un contrato traslativo de la propiedad perfeccionado por quienes no son la totalidad de los propietarios de la cosa que constituye su objeto.

En consecuencia, no siendo comunero el actor al formalizar la demanda, carece de interés protegido con el ejercicio de la acción de retracto, sin perjuicio de las acciones que puedan corresponderle frente a los vendedores por la venta de la finca sin su consentimiento.

Juicio de retracto. Intervención del vendedor.—La acción de retracto ha de dirigirse necesariamente contra el comprador, que es quien, si triunfa, va a sufrir la subrogación en su posición de parte en el contrato en favor del retrayente. De ahí que éste no necesite demandar al vendedor también para que la relación procesal se constituya debidamente, como tendría que

suceder si el retracto supiese la resolución del contrato de venta con recuperación del dominio por el enajenante siendo éste quien habría de transmitir al retrayente.

Ahora bien, nada obsta para que el vendedor intervenga si lo desea en el proceso de retracto. Esta Sala tiene declarado que «cuando los terceros no demandados tienen un interés legítimo en la cuestión litigiosa es admisible su intervención en el proceso» (S. de 17 de octubre de 1961 y las que cita; S. de 6 de abril de 1988). Pero una cosa es que el vendedor esté facultado y otra —que hay que negar— es que se derive la necesidad de su presencia en el proceso de retracto.

Legitimación para recurrir. Intervención de terceros.—La legitimación para interponer cualquier clase de recurso contra las resoluciones judiciales requiere la existencia de un interés de la parte en la revisión y modificación de la resolución recurrida fundado, a su vez, en la existencia de un gravamen para esa parte que resulte de la desestimación de las pretensiones por ella formuladas (S. de 10 de junio de 1991), y tales circunstancias se daban en la situación de los recurrentes, pues habían articulado como partes codemandadas unas pretensiones íntimamente vinculadas con la acción de retracto, que son rechazadas por la sentencia que apelaron al acoger la tesis del actor y retrayente, lo que conduciría a una cuantiosa pérdida económica, sin olvidar tampoco la condena en costas que se les impuso. No es congruente, pues, que la Sala *a quo* apreciase inexistencia de interés, por lo que si bien a ella le corresponde el control de aquella legitimación de la que hemos hablado, su juicio ha de ser razonable y no arbitrario, en aras del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que ordena el art. 24.1 de la Constitución.

(...) Declaró esta Sala en la S. de 17 de octubre de 1961, que desde el momento en que a los terceros intervenientes «se les tuvo por partes», la sentencia que resuelve de acuerdo con sus peticiones no es nula ni es incongruente, a pesar del allanamiento del demandado. (**STS de 11 de mayo de 1992; ha lugar**).

HECHOS.—Por la parte actora se formuló demanda en juicio de retracto alegando que la sociedad MAS PLA, S. A., había comprado a los otros dos codemandados, por escritura pública y por el precio de 35 millones de pesetas, que los vendedores confesaban haber recibido con anterioridad, dos fincas que se describían en la citada escritura; que los vendedores prescindieron total y absolutamente de su consentimiento siendo así que el actor tenía una cuota del 12,5 por 100 sobre una de las fincas que estaba comprendida en la venta; y que esa cuota le legitimaba para solicitar el retracto de las fincas vendidas, pagando el precio de 35 millones de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia dio lugar al retracto sobre la parte de la finca segregada de la primitiva, por el precio de 35 millones de pesetas. Apelada por los demandados esta sentencia (desistió tá-

citamente MAS PLA, S. A.), la Audiencia confirmó la sentencia de Primera Instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar a la casación anulando los pronunciamientos anteriores. (*P.-J. F.L.*).

23. Las normas que regulan la carga de la prueba no son absolutas. Alcance de la doctrina del *onus probandi*.—«Tampoco puede tener mayor éxito el presente motivo por cuanto la sentencia no ha violentado el mecanismo del *onus probandi* preceptuado en el art. 1.214 del Código civil, sino que ateniéndose a los medios de prueba obrantes en los autos por aportación de los litigantes extrae unas consecuencias que plasma en forma soberana como resultancia fáctica, siendo indiferente la procedencia de esos instrumentos de prueba en orden a cual de las partes sea quien los proporcionó al proceso, con lo que está en línea con la doctrina pacífica de esta Sala (S. de 19 de febrero de 1945, 9 de abril y 30 de junio de 1954 y 30 de noviembre de 1982), que igualmente señala que las normas que regulan la carga de la prueba no son absolutas ya que tal carácter sería incompatible con la facultad que asiste al juzgador en orden al examen y valoración de las pruebas practicadas a instancia de cualquiera de los contendientes (S. de 13 de enero de 1951), añadiendo que la doctrina del *onus probandi* no tiene otro alcance que el de señalar las consecuencias de la falta de prueba y no es aplicable, por tanto, cuando como en el caso presente la sentencia establece con precisión la resultancia probatoria...».

Eficacia vinculante de los actos propios.—«... y en cuanto a la inexistencia de negocio traslativo, es una afirmación que contradice las conclusiones de la sentencia por cuanto en ellas se dice y como proclamación fáctica irrefutable a ello hemos de atenernos, que “... el actor ha devenido en propietario de aquella parte indivisa como consecuencia de una relación contractual anterior cuya naturaleza jurídica se desconoce —al no haber sido mencionada en autos—, pero que a la vista de las múltiples y extrañas relaciones personales habidas entre las partes litigantes, tanto podría ser de carácter oneroso como lucrativo, pero cuya realidad no permite ser ahora cuestionada...”, con lo que el reconocimiento dominical del hoy recurrente deducido de dos documentos firmados por él constituyen un caso paradigmático de actos propios cuya eficacia jurídica y vinculante para las partes no es dable desconocer ya que por ellos se ha causado estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor encaminado a crear —en este caso—, algún derecho opuesto a sí mismo (SS. de 16 de marzo; 22 de julio; 5 de octubre; 16 de octubre de 1987; 18 de enero y 12 de julio de 1990), y que la sentencia recurrida enlaza con acierto con las probadas relaciones múltiples existentes entre los contendientes y de ahí, que el no prestar eficacia a esos actos propios cuya causa profunda y esencial no ha sido aflorada por ninguno de ellos, equivaldría a dejar inerme al beneficiario de esos actos propios del recurrente...».

Acción reivindicatoria: diferencia con la acción declarativa.—«... es lo cierto que a tenor del *petitum* de la demanda no parece exacto que en

él se contenga una estricta y rigurosa acción reivindicatoria a tenor de las exigencias diferenciadoras de dicha acción con la declarativa simple de propiedad, según la doctrina de esta sala (SS. de 9 de octubre y 16 de diciembre de 1963; 2 de junio de 1964; 21 de junio de 1967; 9 de enero y 22 de octubre de 1968; 2 de junio de 1971; 6 de junio de 1974) que consiste en la reclamación y rescate de la tenencia de la cosa en el primer caso, mientras que en el segundo todo se reduce a una mera constatación de la propiedad acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo arroga...». (STS de 14 de octubre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El actor interpone demanda solicitando la declaración de la propiedad a su favor del tercio de una casa. Se opone el demandado negando la existencia de título legitimador en el demandante y reconviene exigiendo se declare la existencia de una deuda en francos franceses a virtud de un contrato de préstamo. Se opone entonces el actor quien propone la excepción dilatoria de falta de jurisdicción de los Tribunales españoles en atención a ser los dos contratantes de nacionalidad francesa y haber sido redactados y firmados los documentos que acompañan a la demanda reconvencional en París y Bruselas, sin que actos coetáneos o posteriores vinculen el negocio a España. El Juzgado estima demanda y reconvención. La Audiencia revoca la sentencia estimatoria de la demanda reconvencional acogiendo la excepción que el actor alega. Interpone el demandado recurso de casación —circunscrito éste a la controversia planteada por la demanda principal— y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (*R.G.S.*).

24. Alumbramiento de aguas en finca de dominio privado: quien no es propietario del predio necesita autorización de éste. Forma de la autorización gratuita.—«... porque el alumbrador de aguas en finca de dominio privado —no olvidando que los hechos acaecieron antes de la promulgación de la Ley de 2 de agosto de 1985—, para hacerlo quien no es propietario del predio donde se alumbraron precisa del consentimiento del dueño, en cuyo supuesto la autorización se hace gratuita u onerosamente y es patente que para el caso de ser graciable ha de constar esa voluntad en forma expresa y en escritura pública si es que el aumbrador extraño quiere ostentar título sobre las aguas afloradas, como en el caso que aquí nos ocupa, pues dada la naturaleza de esas aguas como bien inmueble a tenor del art. 334.8.^º del Código civil, para su validez y eficacia jurídica ha de cumplirse con el requisito exigido por el art. 633 del mismo Cuerpo legal...».

La determinación de la propiedad de las aguas alumbradas y la indemnización correspondiente a su utilización son competencia de la jurisdicción civil (art. 254 de la Ley de Aguas de 1879).—«... aquí se trata de establecer la propiedad de las aguas ya alumbradas y la indemnización correspondiente a su utilización...».

zación correspondiente a la utilización de las mismas que son de la competencia de esta jurisdicción como lo demuestra la sentencia de la sala Cuarta de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1986 que se declaró incompetente en punto a la materia controvertida en aquel procedimiento del que conoció dicha jurisdicción que es por lo que se reiteró la pretensión correspondiente ante esta Jurisdicción Civil, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 254 de la Ley de Aguas de 1879. (**STS de 27 de junio de 1992; no ha lugar**).

HECHOS.—La dueña de una finca rústica demanda al Ayuntamiento de la localidad en solicitud de que se declare el dominio que ostenta de dicho inmueble, así como de las aguas subterráneas utilizadas por la Corporación para suministro de agua potable obtenidas de un pozo ubicado en la finca. No consta que la actora haya renunciado a sus derechos sobre las aguas entre los que se encuentra el de negociar sobre la utilización de las mismas y el de ser indemnizada en el valor de las extraídas sin su autorización expresa desde determinada fecha. Se opone el Ayuntamiento demandado y dicta sentencia el Juzgado de 1.^a Instancia estimando sustancialmente la demanda y marcando como límite de la indemnización cien millones de pesetas. La sentencia de apelación confirma la del Juzgado con la salvedad de la cuantía indemnizatoria que reduce a veinte millones. No ha lugar al recurso de casación que el Ayuntamiento interpone. (*R.G.S.*).

25. Prueba de confesión: principio de indivisibilidad.—«El motivo es totalmente desestimable en virtud de las siguientes consideraciones: a) En primer lugar infringe el principio de indivisibilidad de la confesión que reconoce el art. 1.233 del mismo Código civil, ya que la fuerza probatoria de la confesión se refiere al conjunto armónico de lo confesado, no a la estimación fragmentaria de las respuestas (SS., entre otras, de 22 de marzo y 27 de abril de 1983)».

Es improcedente acudir a presunciones para subsanar la falta de prueba de la citación a una Junta de propietarios y/o de la notificación de los acuerdos adoptados. La ausencia de estas formalidades comporta la nulidad de la Junta. No cabe aprobar judicialmente un uso contra ley.—«Parte aquí el recurso de que la mera expresión hecha en el acta de la junta discutida, que dice “debidamente convocados para celebrar junta general ordinaria...”, se deduce ya sin más que la demandante y ahora recurrente fue debidamente citada a ella. Conclusión inadmisible para esta Sala, toda vez que el recurso no puede compelir al Tribunal a que se aprecie una prueba de presunciones cuando no concurre un hecho básico suficientemente probado, “completamente acreditado”, como dice el art. 1.249, para derivar de él la conclusión que se pretende. Así de la citada frase del acta no puede en modo alguno deducirse aquella prueba “completa” de que

existió una legal citación para la junta de la demandante. Por otro lado, es evidente que no se cumplieron los requisitos que para la convocatoria de la actora exige el art. 15, párrafo 2, de la Ley de Propiedad horizontal; a saber, “entregar las citaciones por escrito en el domicilio que hubiere designado cada propietario”, formalidad que no puede omitirse alegando la viciosa práctica de no realizarla debidamente, por tratarse de un uso contra ley que no puede judicialmente aprobarse, y, es por tanto, originador de nulidad radical de la junta celebrada a base de tal omisión, como así se deduce de la doctrina sentada en sentencias de 13 de octubre de 1982, 9 de octubre de 1987 y 25 de octubre de 1989. Al igual que de la misma forma se ha de realizar de modo fehaciente y sin dar lugar a confusión o equívoco la notificación de los acuerdos de la junta, como resulta de la sentencia de 10 de abril de 1981. Por consiguiente, ante la falta total de prueba de las citaciones o notificaciones en forma legal, no cabe acudir a presunciones que puedan subsanar tales vicios radicales de proceder por parte de la ahora recurrente».

La carga de la prueba de un hecho negativo corresponde a quien alega el hecho positivo contrario.—«Mas en este supuesto, al tratarse de la alegación del hecho negativo de no haber sido citada ni notificada la actual recurrente, es obvio que habiendo opuesto a tal alegación la ahora recurrente que la actora fue citada y notificada, a ella incumbe probar que se realizaron tales diligencias, al constituir estos últimos hechos extintivos de su obligación, cuya prueba, según jurisprudencia interpretativa del art. 1.214 (SS., entre otras, de 16 de diciembre de 1985, 24 de julio de 1986, y 5 de junio de 1987) incumbe al demandado que los alega; hechos que por su naturaleza de positivos implicarían, de haberse conseguido su prueba, la anulación del hecho negativo contrario (no haber sido citada) que alegó la demandante; aparte de que, como observaron las sentencias de 20 de octubre y 23 de septiembre de 1986, el carácter negativo de un hecho no podría ser probado por el adversario sin grandes dificultades».

Finalidad de las formalidades establecidas en el art. 15 de la Ley de Propiedad Horizontal en orden a la convocatoria de Junta de propietarios.—«Ya se ha aludido anteriormente a la práctica viciosa de omitir las citaciones individuales a cada copropietario como exige razonablemente el precepto que se invoca como infringido, sin que quepan supuestas flexibilidades interpretativas que dejen a disposición de quien señala las juntas la forma y modo de convocarlas. El art. 15 invocado ha de ser aplicado en consonancia con su finalidad preventiva de todo fraude u ocultación en perjuicio de alguno o algunos copropietarios con motivo de la convocatoria de la respectiva junta, cuya validez depende de que se convoque en forma auténtica y fehaciente, pudiendo probarse posteriormente a través de los medios ordinarios sin equívocos ni ambigüedades...». (STS de 30 de octubre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Edificaciones y Residencias, S. A., impugna ante el Juzgado de 1.^a Instancia de Colmenar Viejo los acuerdos adoptados por la Comunidad de Propietarios Residencial Orotava. Alega la actora que no fue convocada a la Junta ni le fueron notificados los acuerdos adoptados, entre otros, la interposición de un interdicto cuyo sujeto pasivo era la propia constructora Edificaciones y Residencias, S. A. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso de apelación revocando la sentencia del Juzgado. Recurre al Tribunal Supremo la Comunidad de Propietarios. No ha lugar al recurso de casación. (*R.G.S.*).

26. Naturaleza administrativa del expediente de expropiación.—«... b) La naturaleza administrativa del expediente de expropiación está fuera de duda, aun cuando en la materia de la cuantía de las indemnizaciones se haga una remisión a la legislación de arrendamientos, como se efectúa en el art. 44 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Expropiación forzosa, y en la propia causa resolutoria 9.^a del art. 114 de la ley especial arrendaticia, llegando a desprenderse de la redacción de dicha causa la índole administrativa del expresado expediente. c) El indicado carácter administrativo del expediente queda reflejado con suma claridad en las disposiciones que la Ley de Expropiación dedica a la “determinación del justo precio”, al disponer su art. 35 que la resolución del Jurado de Expropiación ultimará la vía gubernativa, procediendo contra la misma, tan sólo, el recurso contencioso-administrativo, lo que corrobora el art. 126 de la Ley al establecer, dentro del marco de garantías jurisdiccionales, que contra la resolución administrativa que ponga fin al expediente de expropiación o a cualquiera de las piezas separadas, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo».

Condiciones de la intervención del Jurado Provincial de Expropiación en el expediente.—«La intervención del Jurado provincial de Expropiación en el expediente se encuentra subordinada o condicionada al rechazo del interesado al precio ofrecido por la administración, como se desprende de los arts. 24 y siguientes de la Ley de Expropiación, especialmente, del art. 31...».

El Jurado Provincial de Expropiación es un instituto distinto de la Junta de Estimación (arts. 73 y 152 LAU). Sólo las resoluciones de la Junta son impugnables.—«El instituto del mencionado Jurado es distinto al de la Junta de Estimación, a la que se refieren los arts. 73 y 152 de la Ley de Arrendamientos urbanos, y a diferencia de lo que ocurre con las resoluciones dictadas por el Jurado, las de la Junta pueden ser impugnadas en el juicio declarativo correspondiente». (*STS de 23 de junio de 1992; no ha lugar*).

HECHOS.—El Ayuntamiento de Tarragona promovió un procedimiento incidental contra don R.M.V. sobre resolución del con-

trato de arrendamiento de una finca en cuyo recinto se hallaba ubicado un local de negocio. Por exigencia del «Plan Especial del Vial de Enlace entre los Barrios de Poniente a Tarragona», se había procedido a expropiar la finca y a tal efecto se habían cumplido los trámites pertinentes sin que don R.M.V. compareciera en el expediente expropiatorio ni abandonara el local. La Corporación Municipal había adoptado entonces las medidas necesarias en punto a su lanzamiento. En su contestación a la demanda don R.M.V. mostró su desacuerdo con la indemnización fijada y reconvenía reclamando una indemnización ajustada a derecho cuya cuantía señalaba. El Juzgado y la Audiencia dictaron sentencias conformes entre sí: con estimación de la demanda, se declaraba la subrogación del Ayuntamiento como arrendador y la extinción del contrato de arrendamiento de finca y local por causa de expropiación. La reconvención fue desestimada por falta de jurisdicción al tratarse de materia administrativa. Don R.M.V. recurrió en casación, estimando el Tribunal Supremo no haber lugar. (*R.G.S.*).

27. Necesidad de interesar la subsanación del defecto generador de indefensión en el momento procesal oportuno.—«Constituye un principio jurisprudencial directamente derivado de la redacción del actual art. 1.693 de la Ley de Ritos civiles, el de que la infracción de las normas relativas a actos y garantías procesales que producen indefensión, para que puedan surtir sus efectos se hace preciso que se haya interesado la subsanación del defecto en el momento procesal oportuno, lo que aquí no ha tenido lugar, según tiene manifestado esta Sala de modo reiterado con criterio que también abona el Tribunal Constitucional».

La interpretación de los contratos discutidos en los procesos compete a los Tribunales. Criterios.—«... la interpretación de los actos y contratos otorgados por las partes y discutidos en los procesos es tarea que corresponde fundamentalmente a los tribunales, exigiéndose para su reprobación o reproche que la por ellos realizada merezca la consideración de inadecuada errónea o ilógica lo que aquí no sucede en cuanto se trata de una exégesis racional como acreditan los presupuestos fácticos que en la sentencia impugnada se establecen como probados, acreditación que deriva del cuidadoso a la vez que detenido examen y valoración del conjunto de las pruebas realizadas por la Sala de instancia, razones por las cuales, aun partiendo de que en principio sean de igual categoría en casación la interpretación de una Sala y la del recurrente, la lógica y el Derecho imponen la preferencia de la del Tribunal (SS. de 6 de abril de 1966, *ad exemplum*, y las que sobre dicha base se ha pronunciado, hasta la de 3 de enero de 1992)».

El Registro de la Propiedad se apoya en las declaraciones de los solicitantes de la anotación o inscripción. Consecuencias.—«... el Registro de la Propiedad es una entidad que aun cuando dirigida a la constatación

de los actos y hechos en él integrables carece en realidad de una base material plenamente fehaciente, por cuanto a través entre otros de sus arts. 2.7 y 9 LH, dicho Instituto reposa sobre las declaraciones de los propios solicitantes de la anotación o inscripción, razón por la cual estos actos pueden quedar fuera de las garantías que derivan de los datos registrales relativos a hechos materiales, tanto a los efectos de la fe pública como de la legitimación registral (SS. de 24 de julio, 23 de octubre y 13 de noviembre de 1987 y 30 de septiembre de 1992)».

Discrepancia entre la realidad registral y extraregistral: prevalencia.—«Igualmente es de señalar, que tanto la doctrina hipotecaria como la jurisprudencial vienen poniendo de relieve la discrepancia que en ocasiones existe entre la realidad extraregistral y el Registro, no siendo siempre prevalente ésta sobre aquélla, cuando como aquí sucede la prueba practicada es favorable a la extraregistral...». (STS de 6 de octubre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El presente recurso trae causa de la acción reivindicatoria que JERCONSA, S. A., interpone contra don E.G.G. El Juzgado estima la demanda de la entidad. Apela D. E.G.G. y la Audiencia revoca la sentencia del Juzgado absolviendo al demandado de la pretensiones contra él deducidas. Interpone JERCONSA, S.A., recurso de casación. No ha lugar. (R.G.S.).

28. Forma de requerir de pago al deudor hipotecario y al tercer poseedor en el procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria.—«Esta diligencia no tuvo lugar y ni se entendió con la destinataria, tanto de modo directo como indirecto, conforme prevé detalladamente la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues tratándose de un especial acto de comunicación a las partes, su práctica se ha de llevar a cabo en forma análoga a las notificaciones —arts. 275 y 276—, esto es, leyendo íntegramente la providencia el secretario a la persona requerida, dándole copia literal de ella y, en su caso, de los documentos que se acompañan, haciendo constar expresamente en la diligencia haber efectuado el requerimiento interesado y recogiendo sucintamente la respuesta que se diere. Cuando no se encuentra en el domicilio señalado, se ha de proceder en la forma que establecen los preceptos procesales para las notificaciones ordinarias, arts. 262, 263, 266 y concordantes de la ley procesal, civil, al regular como modos de ejecución una directa y personal, cuando a la primera diligencia de busca es hallado el destinatario en su domicilio y accede a ello, recibiendo y firmando la correspondiente diligencia; y la otra modalidad es el supuesto de que se niegue a firmar y recibir la notificación, para lo que habrá de acudirse a los testigos que prevé el art. 263, si bien los secretarios gozan de plenitud de fe pública, a tenor del art. 281.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo cabe otra forma notificadora para cuando a primera diligencia de búsqueda, el interesado no es hallado en su domicilio, procediéndose entonces me-

diente cédula, conforme al art. 267 y siguientes de la Ley. Incluso es del todo factible el empleo de edictos, como declaró esta Sala en sentencia de 4 de febrero de 1992, ya que la regla cuarta del art. 131 de la Ley Hipotecaria, se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil a los efectos de acreditar en autos la práctica del requerimiento judicial, es decir, a sus arts. 266 y siguientes».

Sentido y finalidad del requerimiento de pago.—«... la deudora hipotecaria de referencia, que de esta manera quedó totalmente marginada y excluida del proceso al prescindirse de la misma, creándosele situación de desconocimiento y por tanto de poder afrontar al pago de lo debitado, para lo que debió ser inexcusablemente requerida, pues los procesos sumarios hipotecarios contienen esta conveniente oportunidad, que así actúa de sanadora, por previa, respecto a las limitaciones de defensa que la controversia judicial lleva en sí».

No cabe presumir que el deudor hipotecario conoce el requerimiento de pago porque el tercer poseedor esté con él vinculado por parentesco directo. El destinatario final y principal del requerimiento de pago es siempre el deudor hipotecario.—«La sentencia de la instancia... llega a la conclusión de que toda vez que el recurrente es hijo de doña F.P.E., quedó subsanada la omisión del requerimiento que había de efectuarse a aquélla en su domicilio, lo que el exhorto del Juzgado de Ávila expresamente así lo había interesado, pues por razón de dicho parentesco directo, se reputa y presume que adquirió conocimiento del acto o resolución por otros medios distintos y por tanto no se produjo falta de comunicación. De esta manera se incurre en desviación del mandato que contiene el art. 131 de la Ley Hipotecaria, de tener que efectuar el requerimiento al deudor obligado, sin perjuicio de las subrogaciones practicadas en el crédito por transmisión de la finca hipotecada, ya que el art. 118 de la Ley exige el necesario pacto entre vendedor y comprador —aquí permutantes—, y que el acreedor preste su consentimiento expreso o tácito para desligar al primero de su obligación, lo que no consta concurra y se haya producido en las presentes actuaciones (...). Sin perjuicio de que el requerimiento practicado al recurrente y a su esposa pueda no resultar suficientemente adecuado y regular, por inobservancia escrupulosa de los requisitos legales; lo que se ha analizado es bien expresivo de que con doña F.P.E. no se entendió la diligencia, ni ninguna otra, con los efectos de nulidad que sanciona el art. 279 de la Ley Procesal Civil. Se alcanza la misma conclusión teniendo también en cuenta la normativa de carácter procesal que contiene el artículo hipotecario 131, al exigir que el requerimiento ha de ser en el domicilio convenido y señalado a esos fines, si se encontrase en el mismo el deudor y, en otro caso, con las personas que la norma determina, pero siempre ha de entenderse que el destinatario final y principal es el acreedor hipotecario, con la precisa constancia y reflejo en la diligencia que extiende el secretario que la ejecuta y de la que da fe».

La infracción de normas procedimentales con vulneración del principio de defensa comporta sanción de nulidad.—Los motivos han de ser acogidos, tratándose de una petición de nulidad de pleno derecho, por haberse prescindido total y absolutamente de las normas procedimentales legales, con infracción de los principios de defensa, causantes de efectiva y constatada indefensión...». (STS de 29 de junio de 1992; ha lugar).

HECHOS.—El tercer poseedor de finca hipotecada incoa procedimiento de menor cuantía solicitando la nulidad de las actuaciones procesales seguidas en juicio ejecutivo hipotecario por falta de requerimiento de pago a la deudora hipotecante. El Juzgado desestima la demanda. Confirma la Audiencia la sentencia del Juzgado. Acude el tercer poseedor al Tribunal Supremo que declara haber lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

29. La regla 5.^a, art. 131 LH, no es constitucional por no vulnerar el principio de tutela judicial efectiva de quien está interesado en la existencia del procedimiento judicial sumario. Juego, a estos efectos, del art. 130 LH: domicilio para la práctica de requerimiento y notificaciones.—«... en términos generales no puede considerarse que el seguimiento de dicha regla 5.^a suponga un desconocimiento de la titularidad efectiva y provoque la indefensión por vulneración del art. 24 CE, ya que no es posible que se dé ese riesgo de indefensión o perjuicio cuando la propia LH, tiene suficientes medios para poder evitar que cualquier persona interesada, sea tercer poseedor o último titular, que se vea afectado por la existencia de ese procedimiento judicial sumario, no conozca la existencia del mismo a los fines de poder liberar la finca mediante el pago correspondiente del descubierto, en razón a que su domicilio no coincide con el registral que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 130, el deudor expuso como lugar de recepción de los requerimientos y citaciones correspondientes; y es que esas indefensiones y ese riesgo no son reales por las siguientes previsiones y las posibilidades del art. 130, a) el domicilio que figure en la escritura de préstamo hipotecario, base del procedimiento posterior judicial sumario, será aquél que fije el deudor para la práctica de los requerimientos y notificaciones, en cuyo domicilio, naturalmente, se practicará todo aquello que después acontezca al instar este procedimiento especial, b) que ese domicilio es perfectamente posible se pueda cambiar por la propia voluntad del deudor, siempre y cuando se cumpla lo dispuesto en el tercer párrafo de dicho art. 130, c) pero, sobre todo, ese último párrafo, como dice la Sala, es donde se contiene una norma elemental de previsión para evitar ese riesgo o perjuicio de que por no conocer el procedimiento especial sumario el tercer poseedor o último titular se vea afectado por un procedimiento el cual ignora al no haberse recibido las citaciones en su propio domicilio sino en el que figura en la escritura del préstamo hipotecario o de la hipoteca base del trámite cualificado de ese artículo, ya que,

en efecto, en ese precepto se dice que “todo posterior adquirente de la finca podrá variar el domicilio que encontrare fijado al tiempo de la adquisición, pero sujetándose a las condiciones y requisitos antes expresados, y, en su defecto, queda vigente el que aparezca en el Registro”; en otras palabras puede, en todo caso, dicho tercer poseedor o último titular inscrito, hacer constar cuando haya adquirido la finca hipotecada cuál sea su domicilio real para que en él se practiquen las citaciones, notificaciones y emplazamientos, de tal forma que si no aprovecha ese tercero esta posibilidad de cambio, se mantendrá pues el domicilio registral, circunstancia ésta que permite que dicha persona interesada pueda en todo caso introducir su verdadero domicilio...».

La posibilidad de señalar, a efectos de requerimientos y notificaciones, un nuevo domicilio no queda limitada por el hecho de que el nuevo titular lo sea solamente de parte de la finca hipotecada.—«... sin que, por último, la Sala tenga que variar su decisión y razonamiento por el mero hecho de que no fuese titular de la totalidad de la finca hipotecada sino solamente del 50 por 100, ya que no se veda por ello, esa posibilidad de poder introducir el nuevo domicilio real del titular, por el dato de que al ser solamente titular de la mitad, no pudieran coexistir perfectamente en el registro la dualidad de domicilios, la del deudor ya propietario de la mitad y del nuevo titular propietario de la segunda...». (STS de 23 de octubre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Don Esteban G.M y doña Elvira R.R. hipotecaron a favor de la Caja de Ahorros Layetana y en garantía de un préstamo una finca de su propiedad. En el Registro constaba como domicilio vigente para requerimientos y notificaciones “la misma finca que se hipoteca”. Don Esteban G.M. vende posteriormente a su suegro, don Vicente R.A. su mitad indivisa, declarando el comprador “conocer y aceptar la situación registral de la finca”. Impagado el préstamo hipotecario, la Caja Layetana promueve el proceso sumario del art. 131 LH, notificándose a don Vicente R.A. “en la misma finca hipotecada” la existencia del procedimiento. La finca fue subastada. Don Vicente R.A. acude al Juzgado de 1.^a Instancia para solicitar que se declare la nulidad de las actuaciones seguidas en el procedimiento por inconstitucional y subsiguiente derogación del párrafo 1.^º, regla 5.^a, art. 131 LH, que estipula que la notificación al tercer poseedor debe practicarse en el domicilio vigente en el Registro, de conformidad con el art. 130 LH. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia desestima la apelación. No hubo lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

30. Error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos: modo de designar los documentos a efectos de casación.—«... el motivo de impugnación casacional del núm. 4 del citado

art. 1.692 tiene por objeto y finalidad hacer evidente el error padecido por el Juzgador de instancia en la apreciación de la prueba teniendo como probados hechos que resultan contradichos por documentos obrantes en autos que, a su vez, no están desvirtuados en su fuerza probatoria por algunos otros elementos de prueba, debiendo tal error patentizarse por medio de esos documentos de manera clara y precisa sin necesidad de tener que acudir a interpretaciones o exégesis de los mismos; ello exige que por la parte recurrente se designe de forma expresa y suficiente para su identificación el documento o documentos que sirven de base a la impugnación y la parte de los mismos que evidencian el error denunciado».

Objeto y extensión de la propiedad intelectual: piezas de joyería.— «Al incluir el apartado e) del art. 10.1 de la Ley de Propiedad Intelectual, entre las creaciones originales literarias, artistas (*sic*) o científicas que son objeto de propiedad intelectual, “las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos, y las demás obras plásticas sean o no aplicadas”, ha de entenderse, de acuerdo con la opinión de la doctrina, más autorizada, que la expresión “y las demás obras plásticas” incluye las obras de orfebrería, joyería, bisutería y otras pertenecientes a las llamadas artes menores por contraposición a la escultura y a la pintura (artes mayores), siempre que en ellas se den los caracteres exigidos para poder ser calificadas de “creaciones originales”, pues no basta que una obra haya sido realizada utilizando materiales preciosos y siguiendo las técnicas de la joyería para que la misma merezca la protección dispensada por la Ley de Propiedad Intelectual...».

Criterios para determinar la «originalidad» de las piezas de joyería.— «La determinación de si las piezas de joyería a que se refiere la demanda son o no “creaciones originales” constituye el punto clave para el reconocimiento a favor de la actora del derecho de propiedad intelectual que postula y las medidas por ella solicitadas. La protección que concede la Ley de Propiedad Intelectual nace, de acuerdo con su art. 1, desde el momento de la creación de la obra sin necesidad de ningún otro requisito y desde ese momento se reconoce al autor y a los sucesivos titulares los derechos que en el texto legal se establecen de ahí la necesidad de que la obra se manifieste o exteriorice a través de un soporte, material o inmaterial, adecuado a la naturaleza de la obra y por ello la obra literaria, artística o científica objeto de protección es una obra individualizada, la creada por el autor y no los posteriores ejemplares o reproducciones realizados por aquél o por sus causahabientes en uso del derecho de explotación que les reconoce el art. 17 de la Ley. Por ello, en casos como el presente en que nos encontramos ante piezas producidas en serie por medios mecánicos para su explotación industrial, el objeto de la propiedad intelectual no lo son las obras así producidas aisladamente consideradas o en su conjunto, sino la obra originaria o primigenia que sirvió de modelo para las posteriores copias o reproducciones mecánicas, cualquiera que sea el grado de identidad

con el modelo y el de su perfección técnica; siendo en esa obra que posteriormente se reproduce de manera industrial en la que ha de concurrir las características que la definan como una “creación original”; por otra parte, es opinión común en la doctrina científica que no constituye objeto de propiedad intelectual ni las ideas que después se plasman en la obra ni el estilo seguido o creado por el autor, por lo que lo que en la demanda se denomina reiteradamente como “línea de joyería” propia que “puede calificarse como un tipo de género nuevo, atrevido en las formas, distinto de las líneas clásicas y que se caracteriza por la incorporación de la escultura al arte de la joyería” (hecho segundo), “línea de joyería con características que la individualizan frente a las demás” que se encuentra “como base última de esta reclamación”, no puede constituir objeto de la propiedad intelectual merecedores de la protección que otorga la Ley de Propiedad Intelectual, ya que con ello está haciendo alusión a un estilo de ejecución de las piezas producidas por la actora; sólo en el caso de que, como se ha dicho, todas o alguna de las obras de joyería posteriormente reproducidas en serie reúna las características necesarias para merecer la repetida protección, el autor o aquellos a quienes haya transmitido su derecho podrán obtener el reconocimiento de su exclusiva facultad de explotación de la obra.

Delimitados así el objeto y extensión de la propiedad intelectual, se hace preciso determinar si las concretas piezas de joyería (...) son o no “creaciones originales” en el sentido del párrafo inicial del art. 10 de la Ley. Es de advertir que aunque en su demanda, la actora Carrera y Carrera, S. A., atribuye la autoría de las joyas en cuestión a don Manuel Carrera Díaz, quien le había cedido sus derechos de propiedad intelectual e industrial sobre los diseños y piezas de joyería por él creados en contrato de 15 de marzo de 1980, no existe en los autos, por el contrario, prueba alguna que, objetivamente, confirme esa autoría, por lo que no resulta suficientemente acreditado el derecho de propiedad intelectual que se arroga la demandante; el requisito de “originalidad” que ha de darse en la creación literaria, artística o científica para ser objeto de propiedad intelectual ha sido entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo se entiende que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor, de ahí que el presente caso, al no estar debidamente acreditado quién sea el autor de las obras posteriormente reproducidas por Carrera y Carrera, S. A., no es posible determinar si el modelo reproducido es debido al esfuerzo creativo de aquél a quien se atribuye, pues las notas que según la actora (hecho segundo de la demanda) “definen este estilo propio son un fino trabajo de joyería y las más depuradas técnicas de reproducción, junto con un especial acabado”, no pueden estimarse características definitorias de la personalidad del autor, sino del trabajo de reproducción en serie de las piezas fabricadas por la actora. Tampoco desde el punto de vista objetivo que considera la “originalidad” como “novedad objetiva” puede afirmarse que nos encontramos ante una creación original,

no ya sólo porque la utilización de la figura humana o de partes tan significativas de ella como las manos o la cara, no constituye una novedad en el arte de la joyería, sino porque la gran simplicidad y reducido tamaño de las manos y figuras humanas incorporadas a collares, cadenas, pulseras y sortijas o formando piezas separadas, que limitan considerablemente la libertad del artista para su tratamiento, impide que la utilización en esa forma de tales motivos ornamentales, motivos que no pueden ser objeto de propiedad intelectual, pueda merecer la protección dispensada a las creaciones originales por la Ley de Propiedad Intelectual, so pena de llegar a establecer prácticamente un monopolio sobre la utilización de esos motivos decorativos a favor de quien obtuviese la repetida protección». (STS de 26 de octubre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Carrera y Carrera, S. A. formuló demanda contra la entidad mercantil Hijos de José París, S. A., solicitando se declarase su legítima titularidad de los derechos de propiedad intelectual sobre todas y cada una de las piezas de joyería que detallaba, se acordara el cese de la actividad ilícita que denunciaba, adoptando las medidas de suspender la explotación infractora, retirar del comercio las piezas de joyería ilícitas y la destrucción de los moldes usados para tal reproducción. Asimismo solicitaba se acordase la condena a la demandada de los daños y perjuicios causados por su ilícita actividad, tanto en cuanto a los perjuicios materiales como en cuanto al daño moral sufrido. La Audiencia dictó sentencia confirmatoria de la del Juzgado de 1.^a Instancia que desestimó la demanda. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

31. Cauce procesal para la admisión, respectivamente, de los errores de hecho y derecho en la casación.—«... desde la modificación introducida por la Ley 34/1984 se viene repitiendo con harta reiteración que el cauce del error de hecho es el núm. 4 del art. 1.692 LEC, en tanto que el error de derecho lo tiene en el núm. 5 del mismo precepto procesal, debiendo formularse con la debida separación y no en un mismo motivo (SS., por ejemplo, de 23 de noviembre de 1987 y 26 de enero de 1989)».

Apreciación conjunta de la prueba.—«... sabe la recurrente que apreciada conjuntamente en la instancia la prueba practicada, no es lícito al recurrente desarticularla para, con apoyo en una sola o aislada, atribuirle eficacia preponderante (SS. de 12 de febrero, 3 y 9 de marzo, 18 y 25 de mayo, 1 y 26 de junio, 15 y 16 de julio, 23 y 30 de septiembre, 2 y 5 de octubre, y 6 de noviembre, todas ellas de 1987)...».

Naturaleza del recurso de casación.—«... la naturaleza del recurso que nos ocupa no es la dicha de tercera instancia, sino un mero remedio procesal encaminado a determinar si dados unos concretos hechos, vinculantes en casación, es o no correcta la apreciación jurídica efectuada por el órgano jurisdiccional de instancia (SS de 1, 7 y 14 de febrero, 2 y 23

de marzo, 16 de abril, 5 de junio, 23 de julio, 21 de septiembre y 6 de noviembre, todas de 1990)...».

Libre apreciación de la prueba por los Tribunales. Acceso a la casación.—«... en cuanto a las de reconocimiento judicial, pericial y testifical, son de libre apreciación por los tribunales, al regirse por las reglas de la sana crítica, lo que impide su acceso a la casación, salvo los casos de conclusiones obtenidas contra toda lógica, sentido común o ley (S. de 12 de julio de 1990)...».

Competencia para determinar la suficiencia del título dominical. La decisión del Tribunal en orden a la identificación de la finca reivindicada es cuestión de hecho. Medios para acreditar el título de dominio.—«La S. 27 de junio de 1991 determina que corresponde a los tribunales de instancia determinar si es o no suficiente el título presentado para probar el dominio (SS. de 20 de noviembre de 1930, 23 de noviembre de 1956, 20 de diciembre de 1963 y 7 de marzo de 1964), siendo igualmente una cuestión de hecho, que sólo puede combatirse hoy por el núm. 4 del art. 1.692 de la LEC, la decisión del Tribunal sentenciador en orden a la identificación de la finca reivindicada (SS. de 12 de noviembre de 1964, 19 de abril de 1966, 9 de junio de 1982 y 22 de diciembre de 1983); el título de dominio equivale a justificación dominical, que puede acreditarse por cualquiera de los distintos medios de prueba, sin que sea imprescindible la presentación de un título escrito de propiedad (SS. de 3 de febrero de 1928, 4 de mayo de 1965, 24 de junio y 17 de noviembre 1966, y 5 de diciembre de 1977)».

La presunción de legitimación del art. 38 LH es *iuris tantum*. La inscripción no convalida los actos nulos.—«... la presunción de legitimación del art. 38 LH, cede ante su discordancia con actuaciones extraregistrales (SS. de 7 de mayo de 1975 y 26 de abril de 1976); la S. de 10 de junio de 1955 aclaró que, en cuanto a que por ser titular registral se hallaba el recurrente amparado por el art. 38 LH, la misma redacción inicial de tal precepto y su correspondiente interpretación jurisprudencial enseñan que lo establecido en el mencionado precepto es una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida por prueba en contrario; la de 26 de noviembre de 1956 insiste en que la presunción no es *iuris et de iure*, como creen los recurrentes, y que declarada por la Sala de instancia la falta de realidad de parte del título inscrito, cae por su base la presunción que se invoca, pues conforme al art. 33 de dicha ley la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos...».

Valor indiciario de la inclusión de un inmueble en el Catastro o Amillaramiento.—«... la inclusión de un inmueble en el Catastro, Amillaramiento o registro fiscal, es cierto que no acreditan la pertenencia a quien figura en ellos como titular, pero tal indicio, unido a otras pruebas, puede llevar a los tribunales a quienes corresponde declarar los derechos controvertidos, al convencimiento de que, efectivamente, la propiedad pertenece a dicho titular y no al que ha creado una realidad registral ficticia, según

jurisprudencia tan reiterada y constante que hace ociosa su cita». (**STS de 29 de octubre de 1992; no ha lugar.**)

HECHOS.—La cuestión litigiosa se centró en el ejercicio por el Párroco de la iglesia de Castillo Siete Villas de una acción reivindicatoria respecto a una finca que los demandados entendían ser de su propiedad a virtud de escritura pública disolutoria de comunidad e inmatriculada al amparo del art. 205 LH. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia del Tribunal de instancia. Se desestimó el recurso de casación. (*R.G.J.*).

5. DERECHO DE FAMILIA

32. Tras la separación judicial se aplica el régimen económico de separación de bienes.—El art. 95.1.^º, que revela una técnica en verdad defectuosa, precisa ser interpretado partiendo de que, como es obvio, no son equiparables las consecuencias, en el aspecto que nos ocupa, de la nulidad del matrimonio o el divorcio y la separación, pues en esta última subsiste el matrimonio y ello hace necesario un régimen económico, siendo adecuado el de separación de bienes, solución concorde con el art. 1.435.3.^º que puede fundamentarse en que: a) éste es el criterio del Código civil en supuestos de disolución de la sociedad conyugal por otras causas (así, art. 1.374); b) Cuando el art. 1.443 del mismo Código dispone que la «separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal», presupone la existencia de aquélla; c) Aunque, en puridad, la «disolución del régimen económico matrimonial prevista en el art. 95.1.^º no se identificará con la necesariedad de que se establezca el régimen económico matrimonial de separación de bienes, pudiendo quizás bastar la adopción de las medidas legalmente previstas en los arts. 90 y siguientes, nada se opone a entender aquel precepto en el razonable sentido de que, en aplicación del art. 1.435-3.^º, al extinguirse la sociedad de gananciales anterior, se someta el matrimonio al régimen de separación de bienes, cuanto más si, como sucede en el presente caso, así se acordó en el convenio regulador de la separación matrimonial; y d) Por último, y aunque éste no sea el caso, tampoco se ve inconveniente en referir el art. 95.1.^º sólo a los regímenes económico-matrimoniales comunitarios, pues en el supuesto de previa separación de bienes carece, en rigor, de finalidad. (**STS de 14 de abril de 1992, no ha lugar.**)

HECHOS.—El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación y posterior recurso de casación en interés de Ley frente a una sentencia que decretó una separación matrimonial de mutuo acuerdo y aprobó íntegramente el convenio regulador. Estimaba el recurrente que la sentencia de separación matrimonial disuelve el régimen eco-

nómico del matrimonio, sin que haya que aplicar desde ese momento el régimen económico de separación de bienes ni otro alguno. El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación y consideró aplicable el régimen de separación de bienes a los cónyuges separados. (*L.F.R.S.*).

33. El encargo efectuado a una agencia inmobiliaria no supone una efectiva relación vinculatoria.—La mera referencia que se hace al documento-recibo de 13 de marzo de 1987, expedido por la agencia inmobiliaria de percibo de 300.000 pesetas, no acredita por sí el error alegado sino que únicamente los esposos demandados tuvieron relaciones con la misma para ofertar la venta de la casa objeto del debate, por si era de su conveniencia proceder a su enajenación, pero sin que ello determine una efectiva relación vinculatoria y de definitiva obligación de enajenar.

Caracteres del contrato de agencia inmobiliaria.—El contrato de agencia se presenta revestido de atipicidad, pero está dotado de propio contenido sustantivo, generándose al amparo de la libertad de contratación (arts. 1.091 y 1.255 del Código civil), con aproximaciones al mandato, corretaje, contrato de trabajo y arrendamiento de servicios, predominando en el mismo la gestión de mediación, por lo que se expresa como una convención en la que simplemente se encarga a la agencia como «corredor civil» o intermediario que, por sus relaciones con el mercado, oferte a la venta un bien inmobiliario concreto, aportándose los datos del mismo y el precio, que suele ser indicativo más que definitivo, siendo usual que la retribución lo sea en forma de porcentaje.

La intervención del Agente de la Propiedad Inmobiliaria no supone contrato ni promesa de contrato de venta del inmueble.—El mediador, salvo autorización y representación expresa, no interviene en la conclusión de la compraventa, aunque esté autorizado a recibir cantidades a cuenta; de ahí que su actividad sea sólo pregestoria, al hacer posible contratar y cesa una vez que pone en relación a las partes que son las que han de celebrar el futuro convenio (SS. de 3 de marzo de 1967, 21 de octubre de 1965 y 1 de marzo de 1988), pues al actuar por cuenta de la parte que le realizó el encargo, no contrata ni promete la conclusión del negocio (S. de 6 de octubre de 1990), conforme lo que es contenido propio de la actividad de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria en razón a su actividad profesional y oficial.

La devolución de la cantidad entregada en concepto de arras penales, aceptada por quien la entregó, invalida los tratos preliminares.—La cantidad entregada de 300.000 pesetas por el futuro comprador, lo fue para que en su nombre «se proceda a señalar la casa para su compra», cantidad que perdería en caso de incomparecencia en la fecha que se fijó para llevar a cabo el contrato, por los daños y perjuicios causados, lo que supone sólo una obligación para dicho oferente que la aceptó y asumió, pero no para los posibles compradores (*sic*), que, en todo momento y a

tenor del documento, debían de dar la aprobación a la venta, condicionado la señal dineraria entregada a estos efectos. Al no haber prestado el matrimonio propietario su consentimiento conjunto y definitivo para la celebración del contrato traslativo oneroso, la agencia quedó desligada de la gestión y procedió a la devolución de las trescientas mil pesetas que retenía a don José-Ignacio Cruz García, el que las recibió y aceptó. Desde este momento no se da relación obligatoria alguna, pues las actividades preliminares quedaron totalmente invalidadas y pereció el consentimiento expreso de la esposa, manifestado en el encargo que juntamente con su marido hizo a la agencia mediadora».

La concurrencia del consentimiento tácito del cónyuge de quien realiza un acto de disposición sobre bienes gananciales es una cuestión de hecho que corresponde apreciar y decidir a los Tribunales de instancia.—La concurrencia de consentimiento tácito es cuestión de hecho que incumbe apreciar y a decidir al Tribunal de la Instancia (SS. de 5 de mayo de 1986, 31 de diciembre de 1987, 20 de febrero de 1988, 26 de junio de 1989, 7 de junio de 1990 y 20 de junio de 1991), y sobre el que no opera el control casacional, debido a la imposibilidad de desarticular los distintos elementos componentes de la convicción obtenida razonablemente y también con base al material probatorio aportado y apreciado en su conjunto (SS. de 7 de junio de 1987 y 29 de octubre de 1991).

Efectos jurídicos de las arras penales.—La suma entregada como señal se asimila al concepto de arras penales (art. 1.454 del Código civil), pues su función compulsiva fue la de garantizar el contrato, si bien con la única consecuencia para los futuros compradores de perderlas si no se presentaban a efectuarlo en la fecha prevista y sólo imputarían al precio si los vendedores prestaban su consentimiento definitivo para la venta, lo que no ha sucedido.

Inconsistencia de la promesa de venta de bien ganancial efectuada por un cónyuge, por falta de consentimiento de su consorte.—Al faltar el consentimiento expreso o tácito de la esposa a todas las relaciones posteriores al encargo que efectuó su consorte a la agencia y darse situación de resolución como hecho incólume, la pretendida promesa de venta resulta inconsistente, pues se proyecta sobre bienes gananciales, respecto a los cuales rige la intervención conjunta y consentimientos concertados de ambos cónyuges para las disposiciones a título oneroso, conforme al art. 1.377 del Código civil, según especificación de la gestión concorde que determina al art. 1.375 de dicho cuerpo legal.

El cónyuge que prometió vender un bien ganancial no está obligado a formalizar la venta cuando no cuenta con el consentimiento de su consorte, pues se trataría de un acto viciado.—La intervención exclusiva del marido en el percibo de las ciento cincuenta mil pesetas reflejadas en el recibo de 3 de abril de 1987, al no concurrir el consentimiento de la esposa como dejó definido la sentencia recurrida, no puede ser necesariamente obligatorio para éste a fin de que deba otorgar la venta que pretenden

los recurrentes, pues, en todo caso, conforme al art. 1.322, se generalizaría un acto viciado, susceptible de ser anulado por la esposa marginada y dotado de inseguridad jurídica, que es contrario a la naturaleza de los pactos convencionales, que deben reunir todos los requisitos necesarios para su persistencia, eficacia y poder concurrir al tráfico jurídico sin las posibles acechanzas de poder ser declaradas inválidos. Las normas que de alguna manera contravienen la ley —conforme declaró la sentencia de esta Sala de 22 de julio de 1991—, deben de ser interpretadas en relación con los efectos beneficiosos que el transcurso del tiempo pueden consolidar del modo menos facilitante de tales efectos, pues la seguridad jurídica es predominante y debe de evitarse producir fisuras a la misma, con el desencadenamiento de posteriores litigiosos como consecuencia de la preterición de un cónyuge en la enajenación de inmuebles integrados en la sociedad gananciales que afecta al matrimonio. (**STS de 26 de marzo de 1992**, no ha lugar).

HECHOS.—Los cónyuges encargaron a una Agencia Inmobiliaria la mediación para la venta de una casa de carácter ganancial. A consecuencia de la intervención subsiguiente, un matrimonio entregó a la Agencia 300.000 pesetas en concepto de arras penales, cantidad que se perdería si quienes entregaron el dinero no formalizaban posteriormente el contrario. Al no prestar conjuntamente los cónyuges propietarios de la casa —que estaban separados de hecho— su consentimiento para la venta, la Agencia devolvió la señal a quienes la entregaron, que la recibieron y aceptaron. Posteriormente, el marido interesado en comprar se puso de acuerdo con el marido interesado en vender y le entregó cheque nominativo de 150.000 pesetas, en favor del que lo recibió y de su esposa, ingresándose dicho documento en una cuenta abierta únicamente por el marido interesado en vender, aunque días después devolvió el importe recibido al que le entregó el cheque.

Los cónyuges interesados en comprar demandaron a los cónyuges propietarios de la casa solicitando la entrega de la casa y la formalización de la correspondiente escritura pública de compraventa, así como los daños y perjuicios originados por el incumplimiento. Se opusieron los demandados sin formular reconvención y los órganos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Supremo, no dieron lugar a la demanda.

NOTA.—Llama la atención que no se considere consentimiento tácito de la esposa al hecho de encargar junto a su marido la mediación de la venta de una casa a una Agencia Inmobiliaria. Aunque no sea un hecho reflejado por la sentencia, la práctica bancaria exige que los cheques nominativos sean firmados por las personas designadas antes de ser ingresados en una cuenta bancaria, por lo que si la esposa firmó ese cheque, ello supondría que estaba consintiendo tácitamente la venta efectuada por su marido y del que ese cheque representaba una entrega a cuenta.

Se equivocaron los demandantes al aceptar las devoluciones de las cantidades entregadas en los dos momentos en que pudo existir contrato, sobre todo en la primera de aquéllas, puesto que esa aceptación fue interpretada por los órganos judiciales como resolución por mutuo disenso. Tampoco acertaron los demandantes al no pedir subsidiariamente una indemnización por los daños y perjuicios producidos por la ruptura de los tratos preliminares. Da la impresión de que las malas relaciones entre los cónyuges propietarios de la casa dio lugar a más de un cambio de parecer sobre la intención de vender y que esas desavenencias perjudicaron económicamente a quienes no tenían culpa alguna.

Por último, la interpretación que efectúa la sentencia del párrafo primero del art. 1.322 del Cc. equipara en la práctica los supuestos de anulabilidad y los de nulidad radical, olvidando que los contratos anulables son provisionalmente válidos. Según la decisión del Tribunal Supremo, el legitimado para sostener la anulabilidad ya no necesita impugnar formalmente el contrato, ejercitando la acción de anulación. Adviértase que no hubo reconvención expresa ni implícita. (*L.F.R.S.*).

6. DERECHO DE SUCESIONES

34. No cabe impedir la reserva del art. 811 del Código civil cuando la segunda sucesión es intestada.—La adquisición de la nuda propiedad de los bienes se produjo por «ministerio de la ley», esto es, a virtud de sucesión intestada del hijo, heredero por testamento de su padre, marido, también, de la recurrente y demandada, sin que del testamento en cuestión puedan extraerse otras consecuencias que las que resultan de los supuestos expresamente previstos que son los de premoriencia al causante de los futuros herederos o conmoriencia del causante y de los futuros herederos, ya que, si así no fuera, habría que inventarse una especie de sustitución fideicomisaria que, desde luego, no puede presumirse, cuando lo cierto y verdadero es que la cadena sucesoria testamentaria se truncó con la muerte del hijo, concurriendo en la segunda sucesión el presupuesto (sucesión intestada) que permite la reserva pendiente.

La troncalidad afecta tanto a bienes gananciales como a bienes de otra naturaleza.—Sabido es, por el contrario, conforme a jurisprudencia ya clásica (S. de 12 de diciembre de 1945, ratificada por sentencia de 22 de marzo de 1986) que el principio de troncalidad que inicialmente pudo haber servido de inspiración del art. 811 del Código civil, viene sometido a la limitación que le impone la imposibilidad de pasar la reserva del tercer grado familiar, no siendo necesario buscar el origen, más o menos remoto, de los bienes, ni de la familia a que pertenecieron de antiguo, ni del modo o forma por el que pudieron llegar al patrimonio de la persona que los

transmitió al descendiente de cuya sucesión se trata, sino tan sólo en cuanto a su procedencia inmediata y al título de su adquisición, doctrina que impide hacer acepción entre bienes de procedencia ganancial o bienes de otra naturaleza, sea cual fuera su origen adquisitivo (negocio oneroso o gratuito). Asimismo, debe ponderarse, en relación con la voluntad testamentaria del causante origen de la reserva, que si el ascendiente no dejó prevista la exclusión de la reserva lineal o no determinó el destino de los bienes por si ocurriera el supuesto del art. 811, como sucedió en el caso presente, mal se puede omitir o tergiversar el recto sentido de la norma, cuyos elementos de hecho concurren plenamente en el mismo. (**STS de 23 de marzo de 1992**, no ha lugar).

HECHOS.—Los hermanos de un catedrático y pintor fallecido demandaron judicialmente a la viuda de éste para que se declarara que estaba obligada a reservar en favor de los demandantes los bienes en los que sucedió a su hijo y que éste a su vez había heredado en vía testamentaria de su padre.

Se opuso la viuda demanda alegando una antigua enemistad existente entre su difunto esposo y los demandantes, y que llevó a su marido a redactar un testamento en el que estipulaba que «para el supuesto de premoriencia de la esposa del testador y del hijo sin descendientes de éste y para el supuesto de conmoriencia del testador, su esposa e hijo, éste sin descendientes, instituye heredero universal de todos sus bienes, derechos y acciones al asilo de ancianos de la Villa de Llanes». A juicio de la demandada, esta cláusula testamentaria debía ser interpretada en el sentido de que el fallecido cónyuge no deseaba en modo alguno que sus bienes fueran a parar a manos de sus hermanos.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda, pero la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo dieron la razón a los demandantes, declarando haber lugar a la reserva hereditaria, ya que, al fallecer el marido, le sucedió su hijo por vía testamentaria, pero éste falleció después sin otorgar testamento, lo que impide interpretar la voluntad de este causante. Por otra parte, en el testamento del difunto esposo y padre tampoco se excluía una posible reserva hereditaria. (*L.F.R.S.*).

II. DERECHO MERCANTIL

35. Cuenta corriente bancaria conjunta.—Tratándose de un depósito irregular, la apertura de una cuenta corriente bancaria a nombre de dos o más personas en principio supone que cualquiera de dichos titulares tiene frente al banco depositario, poder de disposición del saldo de la cuenta. Ello no determina, por sí solo, la existencia de un condominio por partes

iguales de dicho saldo; situación que únicamente se puede determinar a través de las relaciones internas entre los titulares y concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos que se encuentran en la cuenta. (**STS de 23 de mayo de 1992; no ha lugar**).

HECHOS.—A.L.O. formula demanda solicitando la nulidad de la liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales contra M.C.B. Mantiene el carácter privativo de un piso debido a que el dinero empleado en su compra tenía tal carácter, asimismo pide que se efectúe una nueva liquidación y se proceda a la cancelación de las inscripciones del acta anulada. Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial confirma la resolución y el TS declara no haber lugar al recurso al no quedar probado el carácter privativo del dinero con que se pagó el precio del piso. (*L.S.M.P.*).

36. Acción directa del perjudicado contra el asegurador.—A través del seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga, según lo establecido por la ley y por el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento de una obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a un tercero, por parte del asegurado. El asegurador no puede oponer las excepciones que tenga frente al asegurado, únicamente puede oponer al perjudicado las excepciones que limiten objetivamente los riesgos a cubrir por el contrato. La acción del perjudicado tiene su fundamento y límite en el contrato entre el perjudicado y el asegurado.

El abono de los intereses de mora.—Para que se aplique el abono de intereses del 20 por 100 establecido en el art. 20 de la LCS es necesario que la falta de pago de la indemnización se deba a una causa no justificada o que sea imputable al asegurador. Esto no sucede cuando la determinación de la causa y por tanto de la exacta cantidad a abonar por vía de indemnización ha tenido que ser realizada por el órgano jurisdiccional. Por tanto el incremento del 20 por 100 sólo se efectúa cuando la causa de la cantidad a abonar se encuentra previamente determinada por vía contractual o por otra causa suficiente, de otro modo sólo procede a partir del momento en que la sentencia, que fija dicha causa y la cantidad a indemnizar, deviene firme. (**STS 13 de mayo de 1992; ha lugar**).

HECHOS.—El tanque de combustible del buque «Patricia» se rompe como consecuencia de la caída de una pala mecánica en las maniobras de descarga. La empresa propietaria presenta demanda solicitando la condena de la «Sociedad del Puerto de Pasajes, S. A.», que estaba contratada para efectuar esta tarea, y de «Winterthur de Seguros» al abono de una cantidad en concepto de indemnización. Primera Instancia condena a ambas sociedades al pago solidario de la indemnización. En apelación se confirma la sentencia. El TS casa parcialmente la sentencia y en cuanto a los intereses legales excluye el recargo del 20 por 100 imputado a la aseguradora. (*L.S.M.P.*).

37. La novedad del modelo de utilidad.—La protección que recibe un modelo de utilidad se debe a la forma en que se ejecuta, dando lugar a un resultado industrial que aporta un beneficio o efecto nuevo, o una economía de tiempo o mejora en las condiciones de trabajo.

Las declaraciones probatorias de la sentencia.—Cuando la sentencia de segunda instancia revoca la de primera instancia y se pretenden defender los planteamientos iniciales de las declaraciones probatorias de la primera sentencia, se deben contrastar éstas con las nuevas declaraciones probatorias. Todo ello se efectúa para establecer la compatibilidad entre unas y otras. En caso de incompatibilidad prevalecen las de la sentencia de alzada. El recurso de apelación permite una plena revisión del material probatorio en cuanto a su valoración. (**STS de 14 de mayo de 1992; no ha lugar**).

HECHOS.—GAYC, S. A., como titular de los modelos de utilidad «vitrina para la conservación frigorífica de tapas» y «mueble expositor», presenta demanda contra REPLAY y MAINHO que fabrican y comercializan un expositor-vitrina de características técnicas iguales o semejantes a las de sus modelos. Solicita el cese en su actividad y la indemnización de los daños causados. Primera Instancia estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial revoca la sentencia por falta de novedad del modelo que suponga una mejora y por coincidencia en características no esenciales. (*L.S.M.P.*).

38. Preferencia de la marca inscrita frente a la marca notoria. Protección Registral. Marca derivativa.—El derecho al uso exclusivo y excluyente que deriva de la marca, no puede reconocerse en territorio español a una marca notoria extranjera, si en el ámbito español, incluso, antes de la inscripción de la marca notoria en el registro de su país, ya figuraba inscrita una marca similar en el Registro de la Propiedad Industrial de España.

La notoriedad de una marca debe oponerse en el momento de la inscripción de otra similar, pero no puede alegarse contra una ya inscrita, pues goza de toda protección registral, en tanto no recaiga sentencia que anule esa inscripción.

Reconocida la preferencia de una marca desde la fecha de su inscripción, las que puedan derivarse de ésta serán preferentes a cualquier otra similar, no desde la fecha de la inscripción de la marca derivada, sino desde la fecha de inscripción de la principal de la que es consecuencia. (**STS de 9 de abril de 1992; ha lugar**).

HECHOS.—La Sociedad portuguesa «Torrefaçao Camelo, LTD», registró en Portugal, con fecha 4 de diciembre de 1948, la marca el «Camelo». En España figuraba inscrita con fecha 10 de

julio de 1921, la marca el «Camello». Posteriormente la sociedad portuguesa solicita la nulidad de los registros de ciertas marcas derivadas de la principal «Camello», entre las que figuraban su traducción al gallego «Camelo» inscrita el 20 de mayo de 1983. El Juez de Primera Instancia, desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*I.D.L.*).

39. Liquidación de Sociedad. Titularidad del dominio de una finca adquirida a una cooperativa por uno de los socios de la empresa en liquidación.—Pertenece a la Sociedad la titularidad efectiva de la finca adquirida por uno de los socios a una Cooperativa, por razón de su cualidad de cooperativista, cualidad reconocida a su vez exclusivamente por su condición de «propietario o administrador» de un negocio (Supermercado) perteneciente a la Sociedad. (**STS de 30 de mayo de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.—Declarada en Primera Instancia y en Apelación la procedencia de la liquidación de la sociedad, se recurre en casación con el fin de evitar determinadas condiciones en que, según reconoce la sentencia de la Audiencia, ha de efectuarse la liquidación. (*C.J.D.*).

40. Prescripción de la acción de resarcimiento.—Los arts. 79 y 81 de la LSA de 1951 regulan una acción individual de terceros, por actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses. Al no existir vínculo contractual entre las partes, se aplica el art. 1.902 y el plazo de prescripción de un año contenido en el art. 1.968.2, al que se remite el art. 943 del CCO.

La fijación del día inicial del plazo y la prueba del transcurso total del lapso corresponde a quien formula la excepción de prescripción. Además, la celebración de una conciliación no supone la interrupción del plazo, si ésta sólo versa sobre la responsabilidad contractual y no sobre la responsabilidad extracontractual que se ejerza conjuntamente.

La responsabilidad de los administradores.—El art. 79 LSA impone la responsabilidad de los administradores que no desempeñen el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y representante leal, obligándoles frente a terceros cuando existe abuso de facultades o negligencia grave. Para que exista acción de indemnización es necesario probar la relación de causa a efecto entre la actuación y el resultado dañoso. (**STS de 21 de mayo de 1992**; ha lugar).

HECHOS.—«La Seda de Barcelona, S. A.», interpone demanda contra «Bogarty, S.A.» y los componentes de su Consejo de Administración, alegando que diversos suministros de hilo realizados a dicha sociedad, no fueron pagados. Solicita la condena de todos

ellos al pago solidario de la cantidad adeudada o bien a «Bogarty, S. A.», al pago de dicha cantidad y a los administradores (una vez establecida la lesión culpable), al pago solidario para el caso de que la sociedad no lo hiciera. Primera Instancia se decantó por esta última solución y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El TS casó la sentencia y anuló la condena solidaria de los administradores, manteniendo la condena a la sociedad. (*L.S.M.P.*).

III. DERECHO PROCESAL

41. Tercería de dominio: El demandante debe ser tercero con respecto al deudor.—Como requisito previo a determinar si procede el levantamiento del embargo impugnado ha de indagarse si el demandante es propiamente tercero con respecto al deudor, ya que si no concurre esta condición en el actor, no puede prosperar la acción de tercería ejercitada (S. de 30 de noviembre de 1990).

El recurso de casación no es una tercera instancia donde nuevamente sean sopesadas y sometidas a consideración todas las pruebas practicadas en la instancia.—No es lícito, bajo el pretexto de la invocación del error en la apreciación de la prueba, convertir la casación en una tercera instancia donde se haga un nuevo análisis, mediante razonamientos y deducciones, de las pruebas ya examinadas en las instancias anteriores. (SS. de 30 de junio de 1987 y de 10 de marzo de 1988).

La aplicación, interpretación o incumplimiento de normas de carácter fiscal, no afecta a las relaciones civiles, ni son aptas para apoyar un recurso de casación civil.—El incumplimiento de requisitos fiscales no afecta a las relaciones civiles (SS. de 18 de marzo de 1932, 8 de marzo de 1954 y 25 de febrero de 1960); puesto que las normas fiscales no son suficiente para enervar el derecho reconocido o regulado en las leyes civiles, ni autorizan otra cosa que la adopción de medidas y correcciones disciplinarias en ellas establecidas, por lo que no son aptas para apoyar un recurso de casación civil (SS. de 18 de octubre de 1984 y 26 de diciembre de 1986, entre otras); y ello es así porque el recurso de casación civil ha de fundarse en normas de naturaleza civil, es decir, en infracciones de normas sustanciativas del ordenamiento jurídico en el sentido y con el contenido del núm. 1 del art. 1.^º del Cc. (SS., entre otras, de 6 de octubre y 26 de noviembre de 1990).

No puede alegarse en vía civil supuestas indefensiones soportadas en procedimientos administrativos.—Los Tribunales civiles no han de examinar actos administrativos de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, como serían los defectos de tramitación en el expediente administrativo de apremio a que alude el recurrente; dado que el procedimiento civil se ha sustanciado con las máximas garantías procesales y de defensa que la ley autoriza al recurrente, no puede hablarse de inde-

fensión alguna que permita afirmar que se ha infringido el art. 24.1 de la CE. (STS de 20 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El actor don Victoriano G.G. promueve una tercería de dominio contra la Administración General del Estado (Delegación de Hacienda de Salamanca) y contra el administrador judicial de la herencia de doña Aurelia G.G. (madre del actor); el tercerista solicitaba en su demanda que se levantase el embargo, hecho a instancia de la Recaudación de Tributos del Estado de Salamanca, sobre las 94 partes de las 864 totales en que mentalmente se consideraba dividido el inmueble embargado al ser esa porción de su propiedad. La demanda fue desestimada, tanto por el Juez de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial, fundamentalmente, porque la finca embargada pertenecía a la citada doña Aurelia G.G. y a sus hijos don Florencio y don Victoriano G.G. (actor), y fallecida la madre se consideró a éstos responsables tributarios de la finca. (*I.D.L.*).

42. Cosa juzgada: Límites objetivos y subjetivos.—El principio de que toda decisión judicial firme lleva implícita la autoridad de lo decidido judicialmente, no tiene en nuestro derecho una categoría absoluta, sino que tiene señalada para su aplicación y apreciación ciertos límites entre los que figuran, además de la identidad de lo que es objeto de controversia y de la causa o razón de pedir, el relativo a las personas, de tal manera que no puede perjudicar una resolución judicial a quienes no fueron parte en el pleito anterior, ni sean causahabientes de los litigantes (S. de 18 de julio de 1990).

Concepto y efectos de la cosa juzgada.—Cualquiera que sea la naturaleza de la cosa juzgada, definida como presunción *iuris et de iure* o ficción de verdad por el art. 1.251 del Cc., es obligado afirmar que la eficacia vinculatoria que comporta es insoslayable, así como la obligada preclusión de todo ulterior juicio sobre el mismo objeto, y la imposibilidad de decidir de manera distinta a como se hizo en el fallo precedente, pues la sentencia, al resolver sobre el fondo, crea una situación de estabilidad que no sólo permite actuar en consonancia con lo resuelto, sino impide toda discusión posterior en un nuevo proceso, en el que se den obligatoriamente los presupuestos de identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron (S. de 3 de abril de 1987 y 1 de febrero de 1991).

Presupuesto para su apreciación.—Para apreciar la situación de cosa juzgada se requiere una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de tal manera que no puedan existir en armonía los dos fallos (S. de 3 de abril de 1990).

La causa petendi: contenido e identidad.—Consiste la causa de pedir en el hecho jurídico o título que sirve de base al derecho reclamado, es

decir, en el fundamento o razón de pedir y no en la acción ejercitada, que constituye una mera modalidad procesal indispensable para lograr su efectividad ante los Tribunales (SS. de 16 de abril de 1968, 30 de junio de 1976 y 9 de mayo de 1980). Por tanto, la identidad de la causa de pedir se da únicamente en aquellos supuestos en que se produce una perfecta identidad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción (S. de 22 de junio de 1982).

Cesión de letras de cambio: presupuestos y efectos.—Es lícito la transmisión de las letras por los medios reconocidos en el derecho común, entre los cuales, la cesión de crédito viene (ya hoy, plenamente, incluso después de su vencimiento: art. 23 Ley 19/1985, de 16 de julio, sobre Ley Cambiaria y del Cheque) a hacer las veces, en el derecho cambiario, del endoso con los efectos correspondientes. (**STS de 16 de marzo de 1992**; ha lugar al recurso).

HECHOS.—Don Jesús D.J. reclama a Caja Madrid el importe de 18.010.191 pesetas por tres cambiales en las que figuraba como aceptante la Caja de Crédito Industrial Cooperativa que había sido absorbida por la demandada. Mediante dos actas notariales se acreditaba que don A.S.J., a cuya orden se giraron las tres cambiales reclamadas, ratificaba la cesión de derechos que sobre las mismas había realizado a favor del actor. En Primera Instancia se estimó la excepción de cosa juzgada planteada por la demandada por la que se absolió a la misma. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de Primera Instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso casando la sentencia de la Audiencia Provincial. (*I.D.L.*).

43. Falta de legitimación activa.—La falta de legitimación activa no puede apreciarse de oficio por el Tribunal, sino que ha de ser alegada por la parte interesada en el momento procesal pertinente. (**STS de 28 de mayo de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.—En juicio de cognición, se demanda el reconocimiento del derecho a la negativa de prórroga de arrendamiento rústico (*ex art. 26 LAR*), con la consecuente reclamación de la posesión de la finca. En Primera Instancia y en Apelación se estima la demanda. En casación, la parte recurrente alega la falta de legitimación activa del demandante. En efecto, éste fue quien arrendó la finca en su momento, como titular de la misma que era, pero en el momento de la demanda la finca estaba inscrita a nombre de su hija. No obstante, la finca se reclamaba para ser cultivada por él, con la ayuda de su hija y yerno; y, de otro lado, la actitud del recurrente fue la de reconocerlo siempre como arrendador. (*C.J.D.*).

44. Litisconsorcio pasivo necesario.—El motivo ha de prosperar porque, siendo como es, esta figura de perfiles procesales una ajustada y razonada expresión del derecho fundamental, hoy sancionado por el art. 24 de la Constitución, de que nadie pueda ser vencido en juicio sin ser oído, es decir, proscribiendo la indefensión de los que puedan estar interesados en cualquier pronunciamiento judicial, es evidente que en cada caso concreto habrá de examinarse la proyección y profundidad de la acción ejercitada para poder discernir si en efecto la resolución que, consecuente a ella se dicte, afectará o no a los que no han sido convocados al procedimiento en evitación, al propio tiempo, de eventuales fallos contradictorios en el caso de que los actuales ausentes puedan verse a su vez demandados en otro proceso; de ahí, que esa proyección y profundidad de la acción ejercitada, que ha de ser reflejo del derecho que se ostente, tenga una conexión trascendente con la relación jurídico-material que pueda existir entre actores y demandados y entre estos últimos entre sí.

Regla de libertad de elegir el actor a los que han de soportar la acción ejercitada.—Como se dice en la S. de 26 de julio de 1990, esta regla sólo tiene como excepción los supuestos en que la resolución que se dicte haya de afectar a sujetos a la litis a causa de algún vínculo o nexo de carácter indisoluble que tengan con la relación jurídico-material controvertida, pues que ese nexo inseparable exige una resolución uniforme impiidiendo decidir por separado, cuyo supuesto de excepción aquí no se da; no bastando que los posibles efectos hacia tercero de la resolución judicial se produzcan con carácter reflejo, añade la S. de 4 de octubre de 1989 (**STS de 30 de mayo de 1992; ha lugar**).

45. Diligencias para mejor proveer.—Es exigible a los tribunales la adopción de diligencias para mejor proveer, que aunque son de su soberana y exclusiva facultad acordarlas (art. 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ciertamente que habiéndose motejado de espúreas por los actores las firmas reseñadas y cuya elucidación tenía que hacerse por el perito calígrafo una vez admitida la prueba pericial, y no obrando el original del documento dubitado y trascendente de la litis, cual es el constatante de la donación cuya nulidad se pide entre otras motivaciones por tacharse de falsa o ilegítima la firma de la donante, hubiera sido elemental tutela judicial efectiva su práctica en la fase procesal de mejor proveer, requiriendo no a la parte actora para su aportación como se hizo en el período de prueba ordinario, ya que obviamente no era ella la poseedora del citado documento sino la demandada, luego la consumación del período de prueba en segunda instancia sin resultado práctico alguno no puede atribuirse a la parte actora, sino a la negligente y morosa actuación del órgano jurisdiccional. (**STS de 8 de mayo de 1992; ha lugar**).

46. Recurso extraordinario de revisión.—La doctrina de esta Sala, de modo reiterado y constante, ha sancionado: A) Que el recurso de revi-

sión, dado su carácter extraordinario y excepcional, aparece limitado en su alcance, condiciones precisas y plazo para su ejercicio por la normativa, de inexcusable observancia, contenida en los arts. 1.796 a 1.800 de la LEC, sin posibilidad de extenderle a casos o supuestos distintos de los en ella taxativamente señalados (STS de 1 y 15-2-81; 8-5 y 8-6-1982); B) la interpretación de dichos supuestos ha de realizarse con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlo a casos no especificados en el texto legal, para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada, que no puede ponerse en entredicho (STS de 13-4 y 25-5-81; 8-5 y 8-6-1982), cual se recoge en la sentencia de 3-10-1987; C) no es una última instancia, ni este remedio formal puede servir para subsanar deficiencias procedimentales que pudo reparar la parte, ya que, rigiendo el principio dispositivo, al ejercitarse una facultad, se ha de pechar con las consecuencias perjudiciales o cargas que de ello se deriven (STS de 21-12-1988); D) no es posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada (STS de 30-6, 14-7 y 3-11 de 1989); E) el plazo para interponerlo es el de tres meses, contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude (art. 1.798 LEC) y ello requiere de manera inexcusable la fijación por el recurrente del elemento temporal *dies a quo* que debe probarse con precisión (STS de 23-1-1965; 17-10-1969; 24-3-1972; 14 y 19-2-1981; 15-2 y 14-6-1982; 6-4-1985; 15-7-1986 y 11-5-1987); F) carece del alcance y efecto de documento decisivo recobrado, detenido por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor la sentencia fue dictada, requerido por el art. 1.796, aquél concebido en los mismos términos del aportado en el juicio determinante de la sentencia recurrida en revisión (STS de 13-12-1988); G) es necesario que los documentos cumplan estos dos requisitos: que sean decisivos, esto es, con valor y eficacia bastante para que el fallo de la sentencia hubiere sido en sentido contrario o diferente al recaído; y segundo, que dichos documentos hayan sido detenidos por fuerza mayor, o por obra de la parte a cuyo favor se hubiese dictado la sentencia (STS de 3-2 y 2-10-1989); y H) no es procedente la revisión cuando en el proceso que se dictó la sentencia pudieron quedar acreditados los mismos extremos que en el excepcional recurso de revisión se pretenden replantear (STS de 18-1 y 4-10-1989). (**STS de 4 de mayo de 1992;** no ha lugar).

