

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVII
FASCICULO IV



OCTUBRE-
DICIEMBRE
MCMXCIV

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección

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

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Consejo de Redacción

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

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

SUMARIO

Estudios monográficos

	Pág.
DÍEZ-PICAZO, Luis: <i>El contrato de esponsorización</i>	5
LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: <i>La subrogación y modificación en los préstamos hipotecarios</i>	17
ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: <i>La hipoteca de constitución unilateral</i>	85

Vida jurídica

«Families across frontiers» (VIII Congreso Internacional de la I.S.F.L., Cardiff, 30 mayo a 6 junio de 1994), por Gabriel García CANTERO	153
XIV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Atenas, 31 de julio a 6 de agosto de 1994, por Gabriel García CANTERO .. .	157

Bibliografía

LIBROS: BARBANCHO TOVILLAS, Fco. José: <i>El interdicto de obra nueva</i> , por José M. ^a Llanos Pitarch.—CASTAN VÁZQUEZ, José M. ^a : <i>La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (Del Derecho justiniano a los Códigos civiles)</i> , por Gabriel García CANTERO.—COLLINS, H.: <i>The Law of Contract</i> , por Javier Lete Achirica.—DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: <i>La conversión del contrato nulo (Su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español)</i> , por Tomás Rubio Garrido.— <i>International Family Law. A Scandinavian Approach</i> , por Gabriel García CANTERO.—TORTRES LANA, José Ángel, y CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: <i>Código de Derecho del Consumo</i> , por M. ^a Ángeles PARRA.—VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: <i>Metodología de la determinación del Derecho</i> , por José Bonet Correa	161
--	-----

REVISTAS EXTRANJERAS

A cargo de Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Rosario DÍAZ ROMERO, M. ^a Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUITIÁN, Isabel SIERRA PÉREZ	191
--	-----

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS

A cargo de Encarna ROCA TRÍAS. Colaboran Ramón CASAS VALLÉS, Isabel MIRALLES GONZALEZ, Mònica VILASAU SOLANA	261
--	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Jayier BARCELÓ DOMÉNECH, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Antonio JIMÉNEZ CLAR, M. ^a Luisa VALLES AMORES	305
---	-----

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 IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
MCMXCVI

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.: 84-7787-372-0 (Tomo 4)

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 MONOGRAFICOS

EL CONTRATO DE ESPONSORIZACIÓN

LUIS DÍEZ-PICAZO

1. LA STS DE 23 DE FEBRERO DE 1989 COMO UNA VÍA DE INTRODUCCIÓN EN EL TEMA PROPUESTO

En el caso que decidió la STS de 23 de febrero de 1989 (A. 1395) don Esteban, doña Inés y don José Luis, que eran propietarios de una goleta, proyectaron la realización de un viaje por mar, que era una repetición del que en el siglo XVI efectuó Juan Sebastián Elcano. La sociedad «Petronor, S. A.», concertó con las tres personas antes mencionadas un contrato en el cual se hacía cargo de los gastos de ese proyectado viaje que debió iniciarse en el mes de octubre de aquel año. Los términos de este contrato no resultan bien conocidos, pero de la sentencia se pueden extraer algunos datos que pueden poseer alguna importancia. Para la realización del viaje, los propietarios de la goleta seleccionaron varios tripulantes, cuyos nombramientos fueron aprobados por «Petronor, S. A.», que, por su parte, realizó directamente otros más, mientras se llevaron a cabo los trabajos preparatorios del viaje, y una determinada actividad de publicidad a la que la sentencia llama «orientación de la opinión pública». Parecen haber existido algunas ruedas de prensa y otros actos protocolarios realizados con el fin de que existiese constancia del esfuerzo económico que se venía efectuando. El proyecto fue desistido y, en este punto, parece haber existido acuerdo de los iniciales promotores y del patrocinador. Se sabe que «Petronor, S. A.», abonó al tripulante por ella nombrado directamente la cantidad de dos millones ciento cincuenta mil pesetas. Los restantes tripulantes nombrados por los promotores con aprobación del patrocinador, como ya se ha dicho, formulaban demanda contra el patrocinador y los promotores, reclamando a cada uno de ellos una cantidad igual a la abonada al tripulante nombrado directamente. La demanda fue desestimada por el Juez de Primera Instancia de Azpeitia y ninguno de los

demandados formuló contra la susodicha demanda ningún tipo de recurso por lo que los últimos apelantes fueron los actores.

En la Audiencia de Pamplona, se revocó la sentencia de primera instancia y la demanda fue estimada en parte. Se condenó a «Petronor, S. A.», a pagar ciertas sumas a los actores y, en cambio, se confirmó la absolución de primera instancia en cuanto a los propietarios de la nave.

Los propietarios de la nave fueron absueltos, al parecer, porque no intervinieron en el avituallamiento ni en la preparación del viaje. En cambio, los actores habían realizado trabajos preparatorios y además, como ya se ha dicho, gestionaron la inicial publicidad que del evento se efectuó. La acción se estimó en concepto de daños y perjuicios, que de la sentencia del TS se deduce que fueron de carácter contractual.

El recurso de casación lo interpuso «Petronor, S. A.», y se tratan fundamentalmente tres temas:

- La existencia de un contrato que vinculara las partes.
- El fundamento de la responsabilidad contractual, y
- La existencia o inexistencia de solidaridad entre el patrocinador y promotores.

«Petronor, S. A.», decía que no había existido entre la entidad recurrente y los recurridos ningún contrato vinculante que permitiese una condena de dicha entidad, mientras la sentencia llega a la solución contraria aunque lo hace por vías que hay que calificar cuando menos de tortuosas.

Aunque no hubo «un contrato señalando prestaciones expresas de los demandantes» el Tribunal considera demostrado que: 1) fueron utilizados por el recurrente para la realización de los trabajos preparatorios, preparación de publicidad y orientación de la opinión pública ante el viaje proyectado; 2) intervinieron también en comparecencia pública en actos protocolarios; 3) todo ello supuso una aportación de los demandantes que no hay fundamento alguno para entenderla realizado a título gratuito.

Se recordará que si bien el espónsor o patrocinador nombró directamente un tripulante al cual pagó, los actores no fueron designados por «Petronor, S. A.», sino por los promotores iniciales, de manera que la negación de la existencia de relación contractual no queda desvanecida por el hecho de afirmar que hubo lo que la sentencia llama «aportación laboral de los demandantes» y lo que se puede denominar técnicamente una atribución patrimonial de servicios. Para resolver la cuestión relativa a la atribución patrimonial en favor de «Petronor, S. A.», del personal designado por los promotores, aunque con una designación aprobada por ella habría que demostrar que la intervención del esponsor, con la promesa de correr con todos los gastos, convirtió a este empresario del proyecto o, por lo menos, en deudor de las retribuciones, porque de no ser así, lo que estaríamos examinando es una situación

de enriquecimiento injustificado. En virtud de un proyecto jurídico obligatorio que no llega a cuajar, el recurrente se habría lucrado de la aportación laboral o de atribuciones patrimoniales de servicios que le beneficiaron en la medida en que con ella se hizo publicidad.

2. DE LA PUBLICIDAD TRADICIONAL A LA ESPONSORIZACIÓN

La publicidad que se puede llamar tradicional o convencional se caracteriza por la presencia impresa o visual de un producto, de una marca o del nombre de un empresario, que engloba los productos y servicios comercializados por él junto con un mensaje que se ha venido denominando eslógan. La multiplicación de las actividades publicitarias de todo tipo, que a lo largo de los últimos años hemos experimentado, ha obligado a la búsqueda de nuevas vías entre las cuales se sitúa la esponsorización. Como ha dicho V. Franceschelli (*Giurisprudenza Commerciale*, 14, 1987, p. 290) la esponsorización constituye una peculiar forma de mensaje publicitario, que se realiza a través de la conexión del nombre o de la marca del espónsor con la figura, la fama del esponsorizado y con la actividad cultural o deportiva realizada por éste, que constituye una manifestación prestigiosa. El autor citado señala que en la esponsorización, a diferencia de la publicidad tradicional, la actividad publicitaria, aunque presente como telón de fondo de la relación entre las partes, es «de retorno» porque está unida a una actividad que por sí misma no es publicitaria en sentido estricto. En los contratos de publicidad, la difusión del mensaje publicitario constituye la prestación y la obligación de una de las partes. En cambio, en la esponsorización el mensaje permanece difuso y es de resultados hasta cierto punto aleatorios, pues, como ya hemos dicho, se trata de asociar intuitivamente el nombre o la marca a un evento cultural o deportivo que lo prestigia. Es, precisamente esta búsqueda de prestigio, en actividades diferentes de las puramente comerciales o empresariales, lo que caracteriza el fenómeno que estamos estudiando. De forma global, se trata de romper la imagen de un capitalismo duro y sin escrúpulos anudando algunas actividades que de no relacionarse directamente con formas de publicidad difusa serían perfectamente benéficas.

3. MECENAZGO Y ESPONSORIZACIÓN: DE LAS GRATUIDADES AL CONTRATO BILATERAL

El autor antes citado señala que la historia del contrato de esponsorización es la historia de un lento paso de un contrato de

estructura fundamentalmente unilateral a otro de estructura necesariamente bilateral. Por esta vía se puede encontrar la línea que separa la esponsorización del mecenazgo. En el mecenazgo, el mecenas realiza una atribución gratuita a un artista, un deportista, un ente cultural, un museo o un centro de investigación con la sola finalidad de ayudar a este tipo de actividad. Mientras un negocio de las características del descrito se mantenga en el ámbito de las partes que lo realizan, no hemos salido de las donaciones. A partir de un determinado momento, el mecenas se reserva el derecho de dar a conocer su propio mecenazgo o el beneficiario de la atribución se obliga a llevarlo a cabo. El simple hecho de hacer notorio el mecenazgo no transforma la naturaleza del negocio si el mecenas no se encuentra situado en un ámbito empresarial. Muchos de nosotros hemos publicado algún artículo o algún libro haciendo constar que lo había hecho posible una beca o una subvención pública. En los programas de algunas orquestas norteamericanas se publica el nombre de la persona o de la familia que se hace cargo de la retribución de cada uno de los miembros de la orquesta. En todos estos casos, no hemos pasado todavía el umbral de las donaciones o, más genéricamente, de los negocios gratuitos, si bien en ellos puede encontrarse una prestación modal en el deber de notoriedad del mecenazgo.

La verdadera esponsorización comienza a partir del momento en que el beneficiario de la atribución patrimonial compromete una prestación más amplia que es aquella necesaria o adecuada para la difusión del mensaje o de la marca.

4. DE LA LLAMADA ESPONSORIZACIÓN INTERNA O IMPURA A LA ESPONSORIZACIÓN COMERCIAL

Señala B. Inzitari (*Contrato e Impresa*, I, 1985, p. 248), que probablemente la primera forma de esponsorización que el autor citado califica como esponsorización interna es aquella en que el esponsorizado (p. ej. un deportista o un equipo deportivo) se obliga a cumplir la función de vehículo a cambio de un mensaje publicitario, de bienes que el esponsor produce y que suministra gratuitamente o en condiciones muy favorables. Por ejemplo, el tenista muestra una raqueta o unas pelotas de tenis, el corredor automovilista una marca de ruedas o un aceite especial. Inzitari reconoce que por lo menos en algunas hipótesis de esponsorización interna es posible encontrar en la atribución patrimonial del esponsor una manifestación de un espíritu de liberalidad, por lo que caben todavía en el marco de las donaciones modales, de manera que la carga que se le impone al beneficiario no pasa de ser un elemento accidental de un acto que continúa siendo gratuito.

La esponsorización pasa a ser comercial cuando se produce la confluencia de dos elementos: las atribuciones patrimoniales realizadas a favor del esponsorizado dejan de ser complementos del esponsor y o bien son sumas de dinero o bienes y servicios que la empresa contrata con los proveedores especificados para llevar a cabo la actividad; el sujeto esponsorizado se compromete a llevar a cabo actividades muy concretas que constituyen el vehículo de difusión del mensaje.

5. LA DEFINICIÓN Y LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO EN EL ARTÍCULO 24 DE LA LEY DE PUBLICIDAD (LEY 34/1988, DE 11 DE NOVIEMBRE)

El artículo mencionado que constituye, por sí solo, la Sección 4.^a del capítulo segundo del título tercero de la Ley, dedicada a la contratación publicitaria, lo denomina contrato de patrocinio publicitario, con una denominación inexacta y equívoca, pues, aunque pudiéramos admitir la palabra castellana «patrocinio» en lugar de inventar el vocablo esponsorización, no puede decirse nunca que sea un patrocinio publicitario.

La Ley define el contrato como aquel en que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador.

La lectura del precepto legal mencionado sugiere el siguiente comentario:

a) La Ley describe de forma suficiente el carácter oneroso y sinalagmático del contrato, caracterizándolo como perteneciente al tipo «*do ut facies*». A cambio de una ayuda económica se obtiene el compromiso de colaborar en la publicidad. La idea de «a cambio» expresa la existencia de intercambio, la idea de que la prestación de cada una de las partes es causa para la prestación de la otra y, en síntesis, la idea de sinalagma genético.

b) La Ley define la prestación del espónsor o patrocinador como «ayuda económica», en forma no enteramente precisa. La idea de «ayuda» parece indicar la atención de una parte del costo, mientras que el patrocinio no tiene en ese punto límite alguno. Hubiera sido mucho más técnico hablar pura y simplemente de una atribución patrimonial que puede consistir en la entrega de una cantidad de dinero, entrega o financiación de suministros y la facilitación o financiación de servicios necesarios para la actividad del patrocinador.

c) Según la Ley en la ayuda económica del patrocinador se destina a la realización de una actividad deportiva, benéfica, cultural o científica de lo patrocinado o de otra índole. Está claro que la enumeración no es cerrada (deportiva, benéfica, cultural o

científica), y que queda al arbitrio de las partes la actividad que se patrocina o que se esponsoriza. El interés del patrocinador en la difusión de la actividad pertenece al terreno de los motivos y no trasciende a la economía de un contrato.

d) Imprecisa es, igualmente, la definición de la prestación del patrocinado o esponsorizado que la ley califica como colaboración en la publicidad del patrocinador. Así dicho, carece de la suficiente precisión. La actividad del esponsorizado puede consistir en intervenir en la publicidad del patrocinador, colaborando con ella cuando se trata de lo que he llamado más arriba publicidad convencional. Por ejemplo, un miembro del equipo deportivo sale en un anuncio o en un spot del patrocinador.

Sin embargo, la prestación del esponsorizado es más bien la facilitación de una publicidad que debe producirse, de acuerdo con otros medios de instrumentación. Por ejemplo, el jugador de un equipo de fútbol que realiza su actividad laboral ordinaria sin más que ponerse una camiseta en la que figura el nombre del espónsor. La única regla que el art. 24 de la Ley, después de definir el contrato, dedica a éste, consiste en decir que el contrato de patrocinio publicitario se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables. El contrato de difusión publicitaria se encuentra definido en el art. 19 y es un contrato entre un medio y un anunciante o agencia, en el cual el primero, es decir, el medio, permite la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo y desarrolla además la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario. La equiparación entre la esponsorización y el contrato llamado de difusión publicitaria ha sido criticada, con razón. Corredoira ha señalado que la equiparación conduce a una publicidad en que lo único que varía es la naturaleza y la novedad del soporte, aunque la autora citada admite la existencia de una cierta analogía entre uno y otro tipo.

En realidad, la equiparación sólo tiene sentido si los arts. 20 y 21 fueran aplicables al contrato de patrocinio o de esponsorización.

El art. 20 dice que si el medio, por causas imputables al mismo, cumpliera una orden con alteración, defecto o menoscabo de algunos de sus elementos sustanciales, vendrá obligado a ejecutar, de nuevo, la publicidad en los términos pactados. El precepto legal citado añade que si la repetición no fuere posible el anunciante o la agencia podrá exigir reducción del precio y la indemnización de los perjuicios. El precepto citado prevé lo que se puede llamar una ejecución de una prestación defectuosa por causa imputable al medio. No regula, en cambio, la prestación defectuosa no imputable de la que no parece extraer ninguna consecuencia.

La aplicación de esta norma en un contrato de esponsorización en el que el medio es el esponsorizado resulta sumamente difícil,

pues no hay en rigor órdenes, ni es fácil que la prestación de rectificación sea la repetición del anuncio porque no hay anuncios singulares y porque la repetición comprende todo el contrato.

El art. 21 se refiere al incumplimiento total (no se difunde en absoluto la publicidad).

Las reglas legales son las siguientes:

1. El medio es responsable, salvo causa de fuerza mayor.
2. El anunciante o la agencia dispone de la facultad de optar entre la ejecución posterior de la misma prestación (una difusión posterior en las mismas condiciones pactadas) o la resolución del contrato, que la ley llama denuncia con restitución de lo pagado por la publicidad no difundida, así como en ambos casos la indemnización de los daños y perjuicios.

El segundo supuesto es aquel en que la falta de ejecución es imputable al anunciante o agencia que determina la inexistencia de la obligación de pagar el precio íntegramente salvo que el medio haya ocupado total o parcialmente con otra publicidad las unidades de tiempo contratadas. Tampoco esta norma parece aplicable al supuesto de patrocinio, en que es muy difícil la hipótesis de un incumplimiento total supuesto en el cual se podrá aplicar. Los supuestos más probables de incumplimiento parcial o de imposibilidad parcial requieren algún tratamiento pormenorizado.

6. TIPOS DE ESPONSORIZACIÓN

M. Bianca ha dedicado algunas páginas a examinar algunos tipos de esponsorización. De los tipos que la autora citada encuentra, nos interesa ahora fundamentalmente dos.

M. Bianca habla de un tipo de contrato que denomina «de abbinamento», palabra de difícil traducción que nosotros podríamos traducir por acoplamiento y que parece determinar una unión más estrecha entre espónsor y esponsorizado. Este contrato se define como aquel en el que el esponsorizado asume la obligación, o de adoptar como propia la denominación del esponsor en las actividades contempladas, o la de añadir una a otra. Esta es, entre nosotros, una práctica habitual en los equipos de baloncesto.

La discusión ha consistido en determinar si el «abbinamento» es una esponsorización con prestación del uso del nombre (tesis de Bianca) o si esponsorización y «abbinamento» son dos fenómenos diferentes.

Para decidir esta cuestión, convendrá separar dos casos que presentan características diversas.

- a) La entidad esponsorizada que poseía su propia personalidad jurídica conserva éste, no obstante el acoplamiento, y se mantiene diferente al espónsor. La entidad esponsorizada es una aso-

ciación deportiva, preexistente, y el espónsor una empresa comercial.

Para este caso, parece más clara la tesis de la asimilación entre esponsorización y acoplamiento, aunque el uso del nombre del empresario espónsor crea la apariencia y tras ella la confianza, de que la actividad esponsorizada es una actividad propia suya y que, por consiguiente, es responsable. Este era, como se recordará, el problema en el caso de la repetición del viaje de Juan Sebastián Elcano. El uso del nombre o la yuxtaposición de los dos nombres crean en los terceros una confianza, que, siempre que se funde en la buena fe merece una evidente protección.

La tesis de la diferenciación hace sobre todo hincapié en aquellos casos en que se produce una notable integración entre ambas entidades, lo que puede ocurrir por el hecho de que personal de confianza del espónsor pase a formar parte de los consejos o juntas directivas de la entidad esponsorizada. En todos estos casos, aunque económicamente los fenómenos sean distintos, lo único que ocurre es que se incrementa la presencia del empresario como empresario de la entidad esponsorizada.

Con las formas citadas, guardan una relación muy estrecha aquellos supuestos en que los esponsorizados pasan a formar parte de una sección de negocios de la empresa esponsor. Es éste un fenómeno que ha tenido o tiene una gran difusión en el ciclismo. En estos casos la integración es plena, aunque la actividad esponsorizada pueda adquirir autonomía jurídica. No sé si el equipo de ciclismo de Banesto o de la Once son entidades jurídicas diferentes de la Organización Nacional de Ciegos y del Banco Español de Crédito, o si son, solamente, actividades con una administración separada. La impresión que ello produce en el espectador desapasionado es que terminan confundiéndose espónsor y esponsorizado.

7. LA ESPONSORIZACIÓN MEDIANTE *POOL*

Como explica M. Bianca, en este caso el contrato se establece entre un espónsor que está constituido por un consorcio de empresas comerciales y una federación deportiva. A cambio de la esponsorización, la federación esponsorizada asume la obligación de atribuirle la calificación o el label de patrocinador o suministrador oficial de un determinado evento deportivo, además de algunas obligaciones accesorias, como pueden ser el disfrute de espacios publicitarios. Los problemas que plantea este tipo de esponsorización consocial, es determinar si la relación del conjunto de espónsores es mancomunada o solidaria frente al esponsorizado y las relaciones internas de cada uno de los grupos.

Un ejemplo de esta problemática nos lo ofrecen los llamados contratos de patrocinio deportivo establecidos para la fase preolímpica de 1992, por la llamada Asociación de Deportes Olímpicos («ADO 92»), con una serie de importantes firmas comerciales. «ADO 92» era una asociación constituida al amparo de la legislación general de asociaciones y cuyos miembros asociados y fundadores eran el Consejo Superior de Deportes, el Comité Olímpico Español y el Ente Público Radio Televisión Española. «ADO 92» concertó una serie de contratos que eran prácticamente contratos de adhesión, todos iguales, con las firmas esponsorizadas. Su objetivo era promover y desarrollar la alta competición de los deportes incluidos en el programa olímpico con especial dedicación a los juegos del 92. Cada espónsor se comprometía a patrocinar a la selección olímpica y al equipo olímpico español de cada una de las modalidades deportivas.

Como se comprenderá con ello, la concentración o el consorcio se producía aquí más desde la perspectiva de los sujetos esponsorizados y de los espónsores puesto que cada uno de los contratos se producía y funcionaba con independencia.

Los espónsores se obligaban a pagar a «ADO 92» importantes sumas de dinero y a cambio de ello adquirían los siguientes derechos: la utilización en sus campañas publicitarias a través de cualquier medio del emblema del Comité Olímpico Español y del emblema de «ADO 92»; la utilización en sus campañas publicitarias de la expresión patrocinador de la Selección Olímpica Española y del Comité Olímpico Español; la utilización por parte del equipo nacional olímpico del anagrama símbolo-marca o nombre del patrocinador durante entrenamientos, exhibiciones y competiciones, que debía aparecer en las prendas deportivas del equipo o en las del personal acompañante, en las bolsas y equipaje del mismo, en las fotografías oficiales del equipo y en el material de propaganda. Se especificaba que esta utilización se debía realizar con carácter exclusivo, aunque se permitía la aplicación de la marca correspondiente al fabricante del material.

Por su parte «ADO 92» se comprometió a realizar, por su cuenta, campañas publicitarias de forma periódica, incluyendo en ellas a los espónsores y a destinar una parte de las cantidades recibidas a facilitar a los espónsores espacios publicitarios gratuitos para ellos en Televisión Española, así como a que en las retransmisiones de carácter deportivo de Televisión Española y de los demás medios de comunicación las marcas del espónsor tuvieran presencia publicitaria.

Estos contratos suscitaban alguna duda respecto de la relación existente entre «ADO 92» y las federaciones deportivas. Los contratos lo dejaban a iniciativa de «ADO 92», de manera que no podía considerarse a «ADO 92» como un apoderado o representante de aquéllas. Es muy probable que asumiera la figura de un

gestor oficioso sin mandato, aunque en todo caso los contratos fueron aceptados y ratificados por las diferentes federaciones que recibieron las correspondientes partes de la suma entregada por los espónsores y ejecutaron sus prestaciones. Es muy probable que «ADO 92» comprometiera el hecho de terceros convirtiéndose en garante de las obligaciones de hacer por ella comprometedora.

En estos contratos, en que las cantidades pagadas por los espónsores eran muy altas, y en alguna medida desproporcionadas respecto de las que rigen el marco en contratos similares (p. ej., más altas que las que el Real Madrid recibe de sus patrocinadores con un retorno publicitario indiscutiblemente mayor) planteaban el problema de si la desproporción constituía un contrato mixto del tipo «mixtum cum donatione», de manera que las empresas más directamente relacionadas con la Olimpiada o con la ciudad en que esta se producía, se vieron obligadas a aceptar atribuciones de esa magnitud. Salvo que pudiera pensarse que el prestigio de la marca se incrementaba proporcionalmente por el prestigio o trascendencia del evento, la conclusión de que el tipo es mixto de esponsorización o mecenazgo parece correcta.

8. LOS PROBLEMAS DEL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO Y DE LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA

Se resuelven según las reglas generales, aplicables a las obligaciones de hacer, y, por consiguiente, siguen el régimen establecido en el art. 1.184 con un sistema de «periculum obligationis» que, a mi juicio, aún cuando ésta no sea una cuestión que pueda ser discutida aquí, conduce a la aplicación del art. 1.124. Si la obligación de hacer resulta de imposible ejecución por una circunstancia fortuita y la imposibilidad es total, la obligación del esponsorizado se extingue y el espónsor queda liberado de la obligación. M. Bianca pone como ejemplo de ello la esponsorización de un concierto de rock que debe tener lugar en un palacio de deportes cuando el concierto no puede llevarse a cabo por un incendio en el palacio o la esponsorización de un atleta que muere en un accidente de tráfico. Si la imposibilidad obedece a causa imputable al deudor se produce obviamente la obligación de resarcimiento del daño.

Algunos problemas pueden producirse, según la autora citada, en aquellos casos en que no existe incumplimiento de la obligación, pero ocurren acontecimientos posteriores que hacen que desaparezca el interés del espónsor de la operación. Un ejemplo de ello, dice M. Bianca, es el de un equipo de fútbol que se convierte en protagonista de un escándalo de compra de partidos, caso en que el espónsor pierde interés en la esponsorización, toda vez que

la causa del contrato era divulgar su marca asociándola al nombre de un equipo famoso. Sin embargo, este tipo de situaciones, que dan lugar a una publicidad negativa, no siempre conducen a una situación semejante. Es también de Bianca el ejemplo de las relaciones entre Adriano Celentano, que dirigía un programa de televisión llamado «Fantástico», y la firma que lo esponsorizaba, que era «Procter and Gamble». Celentano se vio metido en un escándalo como consecuencia de unas imprudentes declaraciones realizadas por él. Sin embargo, el escándalo aumentó las ventas debido a la gran difusión que el caso tuvo. En la mayor parte de los casos, los problemas que se plantean son, sin embargo, los que antes dije: problemas de imposibilidad parcial, cuya ubicación en imputable o no imputable no resulta fácil de realizar. Por ejemplo, el equipo español de balonmano esponsorizado por una de las firmas que había suscrito los contratos con «ADO 92», tuvo que participar en un campeonato del mundo poniendo en las camisetas la marca Opel, porque Opel era el patrocinador de tales campeonatos y lo imponía así la Federación Alemana. Se trata, tal vez, de un supuesto que pueda asemejarse a un «factum principis», aunque estamos lejos de poder atribuir la condición de principio a la General Motors o a una marca alemana. En realidad la alternativa era dejar de jugar el campeonato de Europa. Al ver la televisión estos días he comprobado que el maillot amarillo de Miguel Induráin lleva en la manga el nombre Credit Lyonnais, que es el espónsor de todo el Tour de Francia, y la del Banesto sólo la lleva en el calzón.

LA SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. RÉGIMEN DE LA LLAMADA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS EN EL CÓDIGO CIVIL.—II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—III. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL.—1. Naturaleza jurídica. 2. Finalidad o ventajas de la subrogación. 3. Peligros de fraude en la utilización de esta figura. 4. Sujetos. A) Deudor. B) Acreedor antiguo. C) Nuevo acreedor. 5. Requisitos. 1.^º Existencia de una deuda. 2.^º Que el deudor haya tomado prestado dinero. 3.^º Que el dinero se haya tomado a préstamo precisamente para pagar tal deuda. 4.^º Que el préstamo se solemne en escritura pública. 5.^º Que se pague efectivamente la deuda y en la carta de pago se exprese la procedencia de la cantidad pagada. 6. Efectos. 7. Incumplimiento de los requisitos exigidos.—IV. RÉGIMEN DE LAS LLAMADAS SUBROGACIÓN CONVENCIONAL Y NOVACIÓN MODIFICATIVA EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. EN LA LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO. 1. Sujetos. A) El deudor. B) La entidad prestamista que queda subrogada. C) La entidad acreedora concedente del préstamo anterior. 2. Préstamos a que se refiere la Ley. 3. Requisitos de la subrogación. A) Que la entidad que está dispuesta a subrogarse presente al deudor una oferta vinculante en la que consten las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario. B) Notificación a la entidad acreedora. a) A quién y dónde se debe efectuar. b) Conducto para la práctica de la notificación. c) Contenido de la notificación. C) Certificación de la entidad acreedora. D) Que transcurran quince días naturales desde la entrega de la certificación sin que por la entidad acreedora se haya formalizado con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario. E) ¿Pago previo a la escritura? 4. Supuesto de falta de colaboración de la entidad acreedora. 5. Escritura de préstamo con subrogación. Escritura complementaria en su caso. 6. Constancia registral de la subrogación.—V. OTROS DETALLES DEL RÉGIMEN DE LA SUBROGACIÓN EN LA LEY 2/1994. 1. ¿Se

puede pactar una modificación del plazo de duración del préstamo en la propia escritura de préstamo con subrogación? A) En la subrogación. a) Al amparo del art. 1.211 del Código civil. b) Al amparo de la Ley 2/1994. B) En la llamada novación modificativa. 2. ¿Se puede alterar el plazo en escritura posterior? 3. La comisión por amortización anticipada. 4. Supuesto de viviendas de protección oficial. A) Intereses del préstamo. B) Problemas de ejecución. C) Conclusiones respecto a viviendas de protección oficial.—VI. RÉGIMEN DE LA MODIFICACIÓN SIMPLE DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN LA LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO.—VII. TRATAMIENTO FISCAL.—VIII. HONORARIOS NOTARIALES Y REGISTRALES. 1. En las subrogaciones. 2. En las modificaciones simples.

A consecuencia del descenso de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios producida sobre todo en el año 1993 se produjo un número cada vez más creciente de peticiones por parte de los prestatarios encaminadas a conseguir una rebaja de los tipos de interés de sus respectivos préstamos o, en su defecto, a la consecución de un nuevo préstamo ya en condiciones más beneficiosas, con el que se pudiera pagar el anterior y cancelar la hipoteca que lo garantizaba. En otros términos, si la entidad acreedora no accedía a rebajar los tipos y comisiones, se trataba de lograr la sustitución de un préstamo hipotecario por otro. Aun sin necesidad de sustitución de un préstamo por otro, cabía la posibilidad de acogerse a la subrogación que prevé el art. 1.211 del Código civil.

Pero, de un modo u otro, esta operación se veía sujeta a las dificultades del rompimiento del «blindaje» que previamente se había establecido respecto de tales préstamos: comisiones por amortización anticipada, muy frecuentemente del 3 por 100, y a veces hasta el 5 por 100 sobre la cantidad a amortizar y a pagar de una sola vez. Si se suma tal porcentaje al nuevo tipo, ya de por sí se ponía de relieve la poca o nula ventaja económica, según los casos, que podría obtenerse con la operación proyectada. Tales comisiones eran realmente disuasorias la mayoría de las veces. Añádase a ello los costos fiscales, los de valoración por las sociedades de tasación, y demás anejos a estas operaciones y se comprenderán las dudas que pronto se les planteó a los interesados en el cambio.

Pues bien, la Ley 2 de 30 de marzo de 1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios trata de ofrecer un remedio a esta situación por la vía principalmente de la subrogación convencional prevista en el art. 1.211 del Código civil, limitando la comisión por amortización anticipada, al mismo tiempo que reduce los costos fiscales y demás ligados a esta operación. Junto a la subrogación contempla el supuesto de «novación modificati-

va» del préstamo entre acreedor y deudor, ofreciendo también para esta operación algunas ventajas. Sin embargo, como veremos después, la redacción de dicha Ley no es precisamente una obra de arte jurídico, y el juicio que merece no puede ser del todo favorable. Buena prueba de ello es la mala acogida que ha tenido en la práctica, en cuanto se refiere precisamente a la subrogación propiamente dicha. Y si la acogida ha sido más favorable en cuanto a la «novación modificativa» es precisamente porque en ella la Ley sigue el camino que debería haber seguido respecto de las subrogaciones: normas fiscales concediendo exenciones para estos negocios, y rebaja de derechos arancelarios de Notarios y Registradores. Aprovechando lo que tiene de aprovechable el Código civil.

Veamos primero cómo funciona la subrogación por consentimiento del deudor en el Código civil, para después someter a examen la Ley 2/1994.

I. RÉGIMEN DE LA LLAMADA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL, EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, EN EL CÓDIGO CIVIL

La referencia que hace la Ley 2/1994 al art. 1.211 del Código civil no sólo en su Exposición de motivos sino también en su art. 2.^º, aconseja que, antes de entrar en el estudio de la misma, hagamos algunas consideraciones sobre los precedentes históricos de dicha norma.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los precedentes podemos hallarlos en el propio Derecho Romano. Glück («Commentario alle Pandette... Libro XX», traducido y anotado por Alfredo Ascoli, Milán, 1985, pp. 407 y ss.) entiende que en Derecho romano se produce la subrogación entre otros casos, en el de aquel en que alguno presta dinero al deudor, para satisfacer con el mismo un crédito hipotecario, reservándose expresamente la subrogación en la hipoteca del acreedor satisfecho. Matiza que esta subrogación no la obtiene cualquiera por el solo hecho de que con su dinero se haya pagado un crédito hipotecario, sino que en primer lugar el dinero debe haberse entregado al deudor expresamente con la finalidad de satisfacer el crédito hipotecario, y en segundo lugar debe haber sido entregado con la condición expresa de obtener la hipoteca del acreedor pagado, subentrando también en su rango. Si estas dos condiciones se dan, tan pronto como el acreedor haya sido satisfecho, el que

proporciona el dinero subentra *ipso iure* en el lugar de aquél, precisamente como si él mismo le hubiese cedido su hipoteca.

Y ve confirmada la verdad de cuanto afirma en los siguientes textos del Derecho Romano:

L.3,Dig. quae res pign.,20,3: «Paulus, libro tertio Questionum, Aristo Neratio Prisco scripsit, etiamsi ita contractus sit, ut antecedens dimittiretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenierit ut sibi eadem res esset obligata. Neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore; quo casu emptoris causa melior efficietur. Denique si antiquor creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit, non per oblivionem sed cum hoc ageretur ne posset vendere, videamus an dici possit hucusque transire ad eum ius prioris ut distrehere pignus huic liceat? Quod admittendum existimo. Saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest.»

Con referencia a la frase *neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore; quo casu emptoris causa melior efficietur*, entiende Glück, siguiendo a Cuiacio (*Comm. in lib. III Questionum Pauli ad h.l.*) que estas palabras significan que es mejor comprar una cosa hipotecada por el deudor de modo que con el precio se pague al acreedor hipotecario antes que dar al deudor el dinero para que pague a su acreedor. En el primer caso, en efecto, aunque sin especial reserva, se subentra en el puesto del acreedor pagado con nuestro dinero, en el segundo, por el contrario, no. La razón de la diferencia se halla en que en el primer caso, en que el deudor deja de ser dueño de la cosa, se puede admitir más fácilmente que en el segundo, en que la cosa continúa siendo propiedad del deudor, que ha sido voluntad del deudor que el comprador subentrase en los derechos del acreedor apartado. En el segundo caso por el contrario, ese subingreso en los derechos del acreedor satisfecho con el propio dinero debe ser pactado como condición explícita.

Toullier («Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code civil», tomo IV, Bruselas, 1848, p. 64), subraya la necesidad de ese pacto en el derecho romano y siguiendo a Cujas (*Quest. Paul... Libro III*) explica así el referido convenio expreso acerca de la subrogación en la hipoteca: «*Titius toma un préstamo de Mevius, a condición de que la suma prestada sea empleada a pagar a Caius, acreedor hipotecario. Pero Mevius no ha añadido la condición de suceder en la hipoteca de Caius: inter Titium et Mevium nihil convenit de hypotheca. Mevius no sucederá en las acciones hipotecarios de Caius aunque sucede en sus acciones personales privilegiadas. Non succedet in hypothecariis actionibus, aliter quam si id actum sit nominativum*».

Y añade: «La diferencia que existe en el derecho romano entre la transmisión de las hipotecas o acciones hipotecarias, y la trans-

misión de los privilegios o acciones privilegiadas, *privilegia causae*, se halla únicamente en la necesidad de este pacto expreso acerca de la conservación de la hipoteca. Por lo demás, la transmisión de unas y otras exige igualmente dos condiciones: una, que se haya pactado que el dinero prestado será remitido al acreedor; y otra que lo haya sido (remitido) en efecto. Pero la transmisión de las hipotecas exige además una convención especial o expresa acerca de su conservación: convención que no es necesaria para la transmisión de las acciones personales privilegiadas, que se opera en virtud de convenio tácito.»

L.12, 8,D.h.t.20,4 (La rúbrica del título 4 es *qui potiores in pignore...* lo aclaro por ser de frecuente cita, y la Ley 12, cuyo párrafo 8 se transcribe a continuación, tiene como primera palabra la de *Creditor*): *Marcianus, libro singulari ad formulam hypothecariam* (así en Glück, en cambio en la edición de Gothonfredo, *Corpus iuris civilis quod ius universum iustinianum comprehendit...* Lugduni MDCL, tomo 1.^o, p. 634, dice: *ad formam hypothecariam*). *A Titio mutuatus pactus est cum illo ut ei praedium suum pignori hypothecaeve esset; deinde mutuatus est pecuniam a Maevio et pactus est cum eo ut, si Titio desierit praedium teneri ei teneatur. Tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres et paciscitur tecum, ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit et locum eius subeat. Num his medius tertio potior est, qui pactus est ut. Titio soluta pecunia, impleatur conditio, et tertius de sua negligentia queri debeat? Sed tamen et hic tertius creditor secundo praefерendus est.*

Comentando este texto, entiende Glück que el tercero no acreedor hipotecario, que procura el dinero al deudor para pagar a un acreedor hipotecario bajo la condición de subentrar en la hipoteca del mismo, debe subentrar en dicho puesto incluso si otro acreedor posterior al primero hubiese obtenido del deudor la seguridad de que, una vez pagado el primero, obtendría tal rango. El nuevo acreedor, con cuyo dinero fue pagado el primero —dice Glück— debe, incluso en este caso, ser preferido al segundo; porque el primer acreedor hubiese podido, aun sin el consentimiento del deudor, ceder su derecho a un tercero contra el pago de su crédito, y el segundo acreedor no habría podido lamentarse por ello: ahora el pago producido por medio del deudor debe parificarse a una cesión, puesto que aquí no se trataba de una condición cuyo cumplimiento dependiese del arbitrio del deudor.

Y, en fin, el otro texto que cita Glück (ob. cit., p. 410) es el siguiente:

L.1.Cod. de his qui in prior. cred. locum succed.,8,18: «Impp. Severus et Antoninus A.A. Marcellinae. Non omnino succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, cum is qui pecuniam postea dat sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur et in locum

eius succedat. Quod cum in persona tua factum non sit (iudicatum est enim te pignora non accepisse), frustra putas tibi auxilio opus esse constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis.»

Comentando este párrafo señala Glück que en ningún texto se ha dicho que para subentrar en el lugar del acreedor satisfecho sea preciso, en tal caso, el consentimiento de éste. Y, en efecto, si este consentimiento no es preciso, sino que la transferencia del derecho se produce *per se* cuando es un acreedor posterior el que con su propio dinero separa a un anterior acreedor, ¿por qué en el presente caso iba a ser necesario, mientras toda la diferencia entre los dos casos está en esto, que aquí ocurre con la intermediación del deudor (el cual, no obstante, tiene indudablemente el derecho de liberar su cosa de la hipoteca satisfaciendo a su acreedor) lo que en el ejercicio del *ius offerendi* ocurre inmediatamente por obra del acreedor posterior?

Conviene advertir que el *ius offerendi* es el derecho de subrogación o como dice Glück (ob. cit., p. 398), el derecho de satisfacer o de comprar el crédito de otro acreedor hipotecario. «Es —dice— un derecho singular que las leyes conceden especialmente al acreedor hipotecario de grado inferior y que consiste en la facultad de separar a un acreedor hipotecario incluso contra su voluntad mediante el pago de su crédito con sus accesorios, garantizados por la hipoteca, obteniendo así sobre la cosa hipotecada el puesto y los derechos del acreedor satisfecho, sin cesión.» Este derecho correspondía principalmente sólo a un acreedor posterior, y el efecto principal era que el derecho del acreedor hipotecario satisfecho pasa *ipso iure* al oferente sin necesidad de una especial cesión. «El oferente —dice Glück, ob. cit., p. 404— subentra en el puesto del acreedor separado y obtiene ni más ni menos que los derechos que a éste le correspondían.» Aclaremos también que el supuesto del acreedor hipotecario que paga a otro preferente no es precisamente la hipótesis que contempla nuestro Código civil en su art. 1.211, ni es la figura que ahora nos interesa examinar.

La figura de la llamada subrogación convencional por voluntad del deudor sin consentimiento del acreedor, ha pasado del derecho romano a los diversos derechos nacionales.

Los autores y aun las diversas disposiciones legales o resoluciones, citan como precedentes una u otra u otras de las leyes o fragmentos del Digesto y Código antes citados.

En España se ocupa de esta materia la Ley XXXIV («Porque razones el que toma la cosa a postremas a peño ha mayor derecho en ella que el primero»), del Título XIII («De los peños»). Partida 5.^a Según ella:

«A dos omes podria ser empeñada una cosa, al uno primamente, e al otro despues. E si acaesciesse que despues desso, el señor de la cosa, la empeñasse aun a otro tercero, en tal manera

podria ser fecha la obligacion, que este tercero auria el derecho en la cosa empeñada, que auia el primero. E esto seria si en la obligacion fuessen guardadas estas tres cosas. La primera es, que este tercero rescibiesse la cosa a peños, con entencion que los dineros que diesse sobre ella, fuessen dados a aquel aquien fue obligada primeramente. La segunda, que fiziesse tal pleyto, con aquel que gela empeño, que el derecho, que el otro auia sobre la cosa empeñada quel ouiesse el. La tercera, que los dineros le fuesen dados assi en todas quisas al primero. Mas si el segundo aquien fuese otrosi empeñada la cosa, pagasse los dineros al tercero, maguer non fiziesse otro pleyto ninguno con el: entonce el derecho que auia el tercero en la cosa tornaria al segundo. Otrosi dezimos, que si otro estraño, a quien non fuese obligado el peño sobredicho, nin ouiesse derecho ninguno en el lo quitasse del primero, aquien fuera empeñado sobre tal pleyto, que le otorgasse el otro el derecho que auia sobre el peño: entonce tambien le fincaria obligada la cosa como si gela ouiesse empeñado primeiramente el señor della» (Quinta Partida. Ed. hecha en Salamanca, año 1576, pp. 93 y 94).

En Francia P. Neron/E. Girard («Recueil d'édits et ordonnances royaux sur le fait de la Justice et autres matieres les plus importantes», Paris, 1720, tomo I, p. 737), señala como precedentes del interesante Edicto del Rey Enrique IV de 1609, a que después me referiré, el fragmento «*Aristo*» de Paulo en el Digesto *quae res pignori*, y la ley primera o fragmento primero del Código *de his qui in priorum creditorum locum succedunt*, así como de la glosa sobre estas dos leyes.

Merlin («*Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*», 3.^a ed. Paris, 1809, tomo 12, p. 259) cita la Ley «*Creditor*», párrafo 8, del Digesto *qui potiores in pignore*, como precedente de texto permisivo de la subrogación convencional por voluntad del deudor sin consentimiento del acreedor (y en tal sentido la opinión de Dumoulin), así como tres decisiones del Parlamento de París de 24 febrero 1592, 12 agosto 1600, y 15 enero 1605. Según él el Edicto del Rey Enrique IV de mayo de 1609 está calcado sobre esta doctrina, y la confirma.

Dicho Edicto de 1609 (P. Neron/E. Girard, ob. cit., pp. 736-738), dispone que «... Nos, de nuestra cierta ciencia, pleno poder y autoridad real, hemos declarado y ordenado, declaramos y ordenamos, queremos y nos place que quienes faciliten sus dineros a los deudores de las dichas rentas constituidas al denario doce con estipulación expresa de poder suceder en las hipotecas de los acreedores que serán pagados con esos dineros, resultando haber sido empleadas los mismos en el pago de esas rentas, atrasos y otras sumas por declaración de los deudores en el momento del pago y redención, queden subrogados de derecho en los derechos,

hipotecas, títulos, justificantes y acciones de dichos antiguos acreedores sin otra cesión o transferencia de los mismos...»¹.

¹ El texto completo del Edicto es el siguiente:

«Enrique por la gracia de Dios Rey de Francia y de Navarra: A todos presentes y por venir, Salud. Sobre la amonestación a Nos hecha por varios de nuestros súbditos, tanto Eclesiásticos como de la Noblesa y otros del tercer Estado, de que muchos estando obligados en diversos contratos de constitución de renta a la razón de denario doce, anteriormente nuestros Edictos y Declaraciones por nos hechas sobre el pago de los atrasos y liquidación de tales rentas; igualmente ante nuestro Edicto del mes de julio de 1601 verificado en nuestro Parlamento, por el cual Nos habríamos reducido las rentas constituidas a la razón del denario dieciséis: estos obligados habrían buscado todos los medios para ellos posibles, por ventas, empeños y enajenaciones de sus heredades y bienes, para liberarse de dichas rentas y pagos de atrasos que ellos deberían a la razón del denario doce. Lo que ellos no habrían podido conseguir, ahora que hubiesen hallado el medio de conseguir dinero de varios particulares que les ofrecerían las sumas que les fuesen necesarias, para constitución de renta al denario dieciséis, para convertir y emplear en la adquisición de sus dichas deudas, no obstante bajo condición de que les hiciesen subrogar por los antiguos acreedores, sin otra garantía que de sus hechos y promesas, para entrar en sus derechos de hipotecas, títulos, justificantes y acciones. Lo que algunos de dichos acreedores, no deseando que las rentas fuesen redimidas, no habrían querido conceder o para impedir la amortización de tales rentas, o temerosos de ser garantes para el futuro de las sumas que ellos habrían transferido: que es la ocasión por la cual los dichos particulares han puesto dificultades para prestar las dichas sumas a los dichos obligados, teniendo la incertidumbre de la subrogación de dichas antiguas hipotecas en su provecho, por la estipulación que pueden hacer de ellas prestando sus dineros sin otra cesión, ni transferencia de dichos acreedores: y aunque por disposición del derecho puedan estipular el suceder en el lugar, derechos e hipotecas de quienes habrían sido pagados con sus denarios, y con ello y con la declaración que pueden hacer los deudores en el momento de firmarse el recibo del pago de sus deudas que los dineros dados a los deudores provienen de dichos particulares, tales particulares puedan ser subrogados de pleno derecho en las hipotecas de los antiguos acreedores. Y por tales dificultades se ha privado a dichos deudores del medio de poder poner el orden que hubiesen esperado a sus negocios, aunque la cesión que se hiciera por los referidos antiguos acreedores no les hiciese ningún daño o incomodidad; de modo que ellos estarían sin interés, y cuando hubiesen sido reembolsados de su principal y atrasos, no puedan rehusar el hacer dicha cesión al otorgar la redención, no siendo razonable que la negativa de esos acreedores prive a los deudores de tal beneficio como es la reducción al denario dieciséis hecha por nuestro Edicto y Declaración. Por estas causas, deseando atender a nuestros súbditos, cualquiera que sea su calidad y condición, considerando que Nos hemos aprobado siempre la disposición del Derecho Romano contenida en las constituciones de los Emperadores, y querido que tal disposición sea cumplida en lo que es conforme a la razón y la equidad, y por lo que respecta a la subrogación de las antiguas hipotecas en beneficio de quienes presten sus dineros, y que la dicha subrogación no teniendo efectos en ventaja de los acreedores subsiguientes, que por estar pagados de los atrasos de su dinero a razón del denario dieciséis, no obstante haberse hecho tal reducción según nuestros Edictos y Declaraciones del dicho año 1601, estando satisfechos los antiguos acreedores hasta el día de la redención, a razón del interés convenido en sus contratos, no pueden sufrir ninguna pérdida: Nos, de nuestra cierta ciencia, pleno poder y autoridad real, hemos declarado y ordenado, declaramos y ordenamos, queremos y nos place que quienes faciliten sus dineros a los deudores de las dichas rentas constituidas al denario doce con estipulación expresa de poder suceder en las hipotecas de los acreedores que serán pagados con esos dineros, resultando haber sido empleados los mismos en el pago de esas rentas, atrasos y otras sumas por declaración de los deudores en el momento del pago y redención, queden

Para mejor comprender este Edicto conviene tener en cuenta que ya antes, otro Edicto de Carlos IX de 1576, había fijado en «denario doce», o sea un denario² por cada doce, por año, la tasa

subrogados de derecho en los derechos, hipotecas, títulos, justificantes y acciones de dichos antiguos acreedores sin otra cesión o transferencia de los mismos.

MANDAMOS a nuestros amados y fieles consejeros, miembros de nuestro Parlamento, magistrados, senescalos, y otros jueces nuestros y oficiales a quienes corresponda, que nuestro presente Edicto y Declaración, lo hagan leer, publicar y registrar, y de todo lo contenido en los presentes, hagan gozar y usar libremente y plenamente a los dichos deudores y otros que presten sus dineros en la forma y manera dicha sin permitir que sea incumplido en cualquier forma que sea: Puesto que tal es nuestro placer, etc. Dado en París en el mes de mayo del año de gracia 1609. Y de nuestro Reinado el vigésimo. Y sobre el pliegue. Por el Rey en su Consejo. Forget. Y al lado visado y sellado con cera verde sobre lazos de seda roja y verde..»

² Dice MERLIN (ob. cit., tomo 3.^º, 3.^a ed., París, 1807, p. 512) la palabra «denier» en singular es el nombre de una antigua moneda de oro o plata que ha tenido un valor distinto según los tiempos. Pero si se habla de «deniers», en plural, designa las especies que circulan en el comercio y que sirven para comprar las cosas que se reciben a cambio (cfr. MERLIN, ob. cit., p. 514) puede comprender o una pluralidad de denarios o, lo que es más general monedas de uso en el tráfico jurídico o comercial, cualquiera que ésta sea, es decir dinero en general.

Aunque sólo sea por curiosidad histórica, es de interés citar la reforma monetaria que llevó a cabo Carlomagno, y que destaca Luis SUÁREZ FERNÁNDEZ (en su «Historia social y económica de la Edad Media Europea», 2.^a ed., Madrid, 1984, p. 91 y s.). Según este autor Carlomagno estableció el sistema monetario definitivo «que seguiría la Edad Media, y que se ha mantenido hasta hace pocos años en el sistema monetario británico: la libra... de 20 sueldos (chelines), y el sueldo de 12 denarios (peniques)...».

Conviene precisar que el «denier» o denario, era una de las muchas monedas que existían en Francia. Además, de la «livre», ya citada (y dentro de ella la «livre Haïnaut», la «livre Flandre» y la «livre Artois», y el «solde», también citado, he encontrado en diversos textos referencias al «patard» o «patar», el «liard» y el «ecu»). Algunas de estas designaciones, y proliferación de monedas son consecuencia de las concesiones para acuñárlas, otorgadas por los reyes. A partir de Carlos el Calvo según SUÁREZ (ob. cit., p. 92) «se conceden, primero a los obispos y luego a señores laicos, licencias para acuñar».

MERLIN (ob. cit., p. 512), citando a DAREAU, da noticia de que «antaño se distinguía el *denario tourne* (“denier tournais”), del *denario paris* (“denier paris”)”, del *denario viennes* (“denier viennois”) (aclaro que no se trata de Viena, capital de Austria, sino de Viennoise, región al este de Francia, capital Vienne), y del *denario tolza* (“denier tolza”)). Y explica a continuación que los denarios tourne eran los que el arzobispo de Tours acuñaba con su sello, los paris eran los que el rey mandaba acuñar en París, y valían un cuarto más que los precedentes: los vienneses eran los que el delfín de Viennois acuñaba con su signo, y valían el doble de los denarios tourne. En cuanto a los denarios tolza, son los denarios toulousanos (de Toulouse), es decir una de las monedas de los antiguos condes de Toulouse (no deben confundirse, dice MERLIN, con los denarios toulenses, moneda de los obispos de Toul. Cita a LAURIERE para indicar que en su glosario dice que el denario tolza vale dos denarios tourne, y que el denario tolza moneda fuerte vale dos denarios y medio.

Por último, interesa señalar que el denario, según nos informa MERLIN (ob. cit., p. 512) era de plata fina bajo la primera estirpe de reyes franceses, y pesaba alrededor de 21 «granos» (el grano —«grain» en francés—, de que nos habla MERLIN, era una unidad de peso equivalente a 0,053 gramos).

Bajo la segunda estirpe, el denario tenía mayor peso: 28 «granos» en tiempos de Carlomagno y 32 bajo el reinado de Carlos el Calvo.

o tipo de las rentas e intereses, lo que, como dice Duranton («Cours de Droit civil français suivant le Code civil», tomo 7.^º, 4.^a edición, Bruselas, 1841, p. 75) era una tasa demasiado elevada «pero las guerras civiles habían destruido el crédito y habían hecho escaso el dinero». Digamos que «un denario por doce» viene a ser un tipo del 8,33 por 100.

Enrique IV, por Edicto de 1601, redujo la tasa de las rentas al «denario dieciséis», es decir a «denario por dieciséis», lo que significa un tipo de 6,212 por 100. Pero, como se reconoce en el propio Preámbulo del Edicto de 1609, los deudores procuraban por todos los medios posibles hacerse con dinero suficiente para pasar a la constitución de una nueva renta³ al tipo más bajo de-

En el comienzo de la tercera estirpe, los denarios eran todavía de plata fina de 23 a 24 «granos». Hacia el final del reinado de Felipe I, se empezó a alejarlo con cobre; y bajo San Luis, el denario era de «billón» (expresión, según creo, con la que se entiende que esta moneda no tenía un valor intrínseco que alcanzara el valor facial) y apenas contenía 6 «granos» y medio de plata. Despues el valor intrínseco del denario ha ido siempre disminuyendo, de suerte que bajo Enrique III y en tiempos posteriores ya no ha sido más que de cobre puro. Pero el propio MERLIN hace la observación de que también hay denarios de oro bajo el reinado de San Luis y bajo el del rey Juan.

En el tiempo que escribe MERLIN, nos dice que «el denario hoy entre nosotros no es más que el valor legal de la duodécima parte de una moneda de cinco céntimos...». Y en París y en casi todas las ciudades del Reino, con excepciones, «los denarios, es decir, esa pequeña moneda de cobre de que hablamos, ya no son recibidos en el comercio, y no se fabrican».

³ Aclaremos los conceptos para mejor comprensión de los textos que se refieren a ellos:

«Rente fonciere»: La he traducido por «renta sobre inmueble». La define MERLIN (ob. cit., tomo XI, París, 1809, p. 89) diciendo que «es el derecho a percibir un canon fijo anual sobre un fundo, en frutos o en dinero, y que debe pagar el detentador del fundo». MERLIN advierte las diferencias notables en este punto entre la antigua y la nueva legislación francesa. Ahora nos referimos a la antigua legislación. Cuando el dueño del fundo lo enajena a cambio de una renta bien a su provecho o al de un tercero, el contrato es llamado «bail a rente» (*bail* aquí se emplea en el sentido de enajenación o quizás mejor: venta): y la renta, que es el precio de la enajenación, constituye lo que se llama propiamente *rente fonciere* (renta sobre inmueble).

«Rente seigneuriale». Dice MERLIN (ob. cit., tomo XI, p. 114) que el carácter general de las rentas sobre inmuebles es la de ser establecidas *in traditione fundi*. No hay más cargas reales que las que han sido reservadas a propósito de la tradición del fundo sobre el cual se han impuesto. Este principio se aplica singularmente a los derechos señoriales cuya esencia está en hallarse unidos a un dominio directo, dominio que supone necesariamente la concesión de un dominio útil. Ni que decir tiene que estamos pensando en este momento en la enfiteusis.

«Rente constituée», o renta constituida. La constitución de renta —dice MERLIN (ob. cit., tomo XI, p. 53)— «es un contrato por el cual una de las partes vende a otra una renta anual y perpetua de la que se constituye deudora por un precio convenido, que debe consistir en una suma de dinero que recibe del adquirente de la renta, con facultad de poder redimir esta renta cuando lo crea oportuno pagando el precio recibido, y sin que pueda ser obligada a dicha redención». No es un derecho real, carga de un fundo, pero ello se entiende sin perjuicio de que pueda garantizarse su pago constituyendo una hipoteca sobre determinado fundo.

cretado del 6,212 (digámoslo así para su mejor compresión, en el referido Preámbulo se habla del «denario dieciséis»). Ahora bien, ocurrió que para obtener las sumas de dinero que necesitaban los deudores, se les imponía la condición de que les subrogasen los antiguos acreedores en las hipotecas, acciones y derechos que tuvieran frente al deudor. Y los antiguos acreedores se resistieron, como es fácil de comprender, a aceptar el reembolso de los capitales colocados al 8,33 por 100 (a un denario por doce) cuando la nueva colocación del dinero iba a ser al 6,212 por 100 (a un denario por cada dieciséis). Ésta fue la razón fundamental que movió a Enrique IV a dictar el Edicto de 1609.

La finalidad de este Edicto fue, por tanto, el facilitar la práctica de las reducciones de las tasas de renta. Esto planteó después muchas dudas relativas a la posibilidad de aplicación a otras obligaciones, dudas que, según Merlin (ob. y loc. cit.) fueron aclaradas por decisiones del parlamento de Rouen y del de París, ésta última de 6 de julio de 1690, en el sentido de darle una mayor generalidad.

Domat («*Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le Droit public, et legum delectus*», nouvelle édition, tomo 1.^º, París, 1777, p. 241) sostuvo que «para adquirir, sin autoridad de justicia, el derecho de un acreedor a su hipoteca, basta una de las dos cosas: o que el que paga el crédito acepte la transmisión del crédito... o que pacte con el deudor que, pagando por él, quedará subrogado, y que en tal caso se haya hecho mención en el pago, que se ha efectuado con sus denarios. Ya que entonces, aunque el acreedor rehusé la subrogación, el que le paga adquirirá su derecho por efecto del pago y de la convención con el deudor. Y lo mismo ocurrirá si, habiendo sido puestos los dineros prestados en manos del deudor con pacto de que el que presta quedará subrogado, el deudor mismo efectuase *en seguida* el pago, declarando en la carta de pago que se trata de los dineros tomados a préstamo de esta persona. Pero si el pago no se hace más que sobre la simple carta de pago del acreedor, y no se ha acompañado de una u otra de las dos maneras de adquirir la subrogación, no producirá al que paga más que una simple acción contra el deudor para recuperar contra él la suma pagada para su liberación, aunque se hubiese hecho mención en la carta de pago de que se trataba de los dineros de ese tercero. Ya que se podría presumir que él no habría liberado más que lo que él debía».

Pothier («*Coutume d'Orléans*», en «*Oeuvres de Pothier*», tomo 17-III.^a, París, 1822, p. 285 y s.), entiende que en tema de subro-

«Rente viagère». Es la renta vitalicia. MERLIN (ob. cit., tomo XI, p. 131) indica que el contrato de constitución de «rente viagère» es un contrato por el cual una de las partes adquiere de la otra, a cambio de cierta cantidad, una renta anual durante la vida de una o de varias personas.

gación por convención del nuevo acreedor con el deudor, los principios del sistema francés son diferentes de los del Derecho romano. Con cita del fragmento de Marciano antes transcrita, estima que el nuevo acreedor —en el Derecho romano—, no adquiere el derecho del antiguo, que se extingue por el pago: adquiere solamente un derecho de hipoteca que coloca al nuevo acreedor en el mismo rango que tenía el antiguo, por delante de los acreedores intermedios, y tal derecho no lo adquiere del antiguo acreedor, sino del deudor que es quien lo concede, por lo que esta subrogación no podría tener lugar si el deudor hubiese dejado de ser propietario de las cosas hipotecadas al primer acreedor, al no poder conceder un nuevo derecho de hipoteca sobre cosas que ya no son suyas.

En cambio, dice Pothier, «siguiendo los principios del derecho francés contenidos en la declaración del rey Enrique IV, del mes de mayo de 1609, y en el reglamento de la corte de 1690, vulgarmente llamado Decreto de las subrogaciones» («Arreté des subrogations»), cuando un nuevo acreedor da sus dineros al deudor, con la carga de que sirvan al pago del antiguo acreedor y de que sea subrogado el nuevo, una vez que en consecuencia el pago se ha efectuado, el nuevo acreedor no adquiere sólo los mismos derechos de hipoteca que tenía el antiguo, sino que el antiguo acreedor, o la ley por él, se considera le han hecho cesión de su crédito; y puede, en consecuencia, ejercer todas las acciones derivadas del mismo, no solamente contra su deudor a quien le ha dado sus denarios, sino contra todos los coobligados y garantes que estaban obligados hacia el antiguo acreedor, y contra todos los detentadores de los bienes hipotecados a favor de dicho antiguo acreedor, aunque el deudor haya cesado después de ser propietario de los mismos.

Pothier analiza los requisitos exigidos por el reglamento de 1690 para que tenga lugar la subrogación y que son:

1.^º Que el título de crédito del nuevo acreedor conste en escritura otorgada ante notarios.

2.^º Que contenga la cláusula de que los denarios serán empleados para pagar al antiguo acreedor y que el nuevo será subrogado.

3.^º Que (el título) sea de una fecha que preceda a la del pago, o al menos, de la misma fecha.

4.^º Que la carta de pago otorgada en consecuencia, sea también solemnizada ante notarios.

5.^º Que se haga mención, en esta carta de pago, que el pago se ha efectuado con los denarios del nuevo acreedor.

Cuando concurren estos cinco requisitos —añade— la subrogación tiene lugar de pleno derecho, sin que sea necesario que haya sido expresamente requerida en el momento del pago, ni mucho menos que haya sido consentida por el acreedor.

Contrariamente al criterio de Domat, que ya hemos visto, Pothisier (ob. cit., p. 286) estima que *no importa el tiempo que transcurra* entre el préstamo hecho por el nuevo acreedor y el pago efectuado al antiguo.

Después la figura que estudiamos la mantuvo el Código civil francés, y ha pasado en definitiva a nuestro Código civil.

El art. 1.250 del Código civil francés, se inspira en esos precedentes cuando después de indicar en el 1.249 que la subrogación en los derechos del acreedor a favor de una tercera persona que le paga, es o convencional o legal, dispone:

«Esta subrogación es convencional:

1.º Cuando el acreedor al recibir el pago de una tercera persona, la subroga en sus derechos, acciones, privilegios o hipotecas contra el deudor: esta subrogación debe ser expresa y hecha al mismo tiempo que el pago.

2.º Cuando el deudor toma a préstamo una cantidad a fin de pagar su deuda, y de subrogar al prestamista en los derechos del acreedor. Para que esta subrogación sea válida es preciso que tanto el préstamo como la carta de pago sean otorgados ante notarios; que en la escritura de préstamo se declare que la cantidad ha sido prestada para hacer el pago, y que en la carta de pago se declare que el pago ha sido hecho con dinero entregado a tal efecto por el nuevo acreedor. Esta subrogación opera sin el concurso de la voluntad del acreedor.»

El Código civil italiano de 25 de junio de 1865 sigue en su art. 1.252, las líneas del Código civil francés, con la misma redacción, salvo que en lugar de decir que «sean otorgados ante notarios» dice «tengan fecha cierta».

En España, interesan los arts. 1.119 y 1.120 del Proyecto de 1851, que estaban así redactados:

Art. 1.119. «La subrogación convencional puede hacerse también por el deudor sin consentimiento del acreedor, cuando paga la deuda con una cantidad que ha tomado prestada, y subroga al prestamista en los derechos y acciones del acreedor primitivo.»

Art. 1.120. «Para que la subrogación surta efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior, se requiere además:

1.º Que el préstamo y pago consten en escritura pública.

2.º Que en la escritura de préstamo conste haberse tomado éste para hacerse el pago, y en la de pago, que éste se ha hecho con el dinero tomado a préstamo» («Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español» por el Excmo. Sr. D. Florencio García Goyena, III, Madrid, 1852, p. 142).

Por su parte, el art. 1.211 del Código civil español dispone que: «El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en

ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada.»

Doctrinalmente, desde el punto de vista jurídico, la figura de la subrogación por consentimiento del deudor no parece encontrar en los autores una explicación razonable.

Los comentaristas han manifestado su extrañeza de que en una figura como la subrogación, el pago que normalmente extingue la obligación, aquí la deja subsistente aunque con distinto acreedor. Y en general subrayan lo anómalo de la hipótesis de estos preceptos: un deudor, por su sola voluntad consiente la subrogación en beneficio del nuevo acreedor.

Laurent («*Principii di Diritto Civile*», vol. XVIII, 2.^a ed. italiana, Milán, s/a, p. 40) entiende que el origen de esta especie de subrogación explica esta figura, si no como institución jurídica, al menos como institución útil. Pero después de manifestar (ob. cit., p. 39) que «esta subrogación es contraria a todos los principios», añade: «¿Se puede concebir que el deudor ceda los derechos pertenecientes al acreedor? La subrogación es una cesión ficticia: la ficción se comprende cuando la cesión está hecha por quien es el titular del crédito, pero no se puede admitir que el deudor ceda los derechos que, contra él, corresponden al acreedor...».

Y Planiol y Ripert («*Traité pratique de Droit civil français*», tomo VII, *Obligations*, 2.^a parte, París, 1954, p. 630): «hay aquí algo extraño: el deudor dispone a su antojo de un bien, el crédito, que no le pertenece; lo toma en cierto modo del patrimonio de su antiguo acreedor para transmitirlo al nuevo. Es un acto tan anormal que es imposible dar de él una justificación teórica; no puede explicarse más que por razones imperiosas de utilidad práctica. En efecto, permite al deudor procurarse fácilmente mediante un préstamo a bajo interés o a plazo más largo, los fondos necesarios para liberarse de su primera deuda, ofreciendo al prestamista el beneficio de la subrogación, sin temor alguno a la mala voluntad del acreedor...».

III. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

En principio la figura de la subrogación producida en virtud de los préstamos concedidos al deudor para pagar una deuda garantizada con hipoteca, se rige por el Código civil, salvo que se hallen acogidos al ámbito de actuación de la Ley 2/1994 a que nos referiremos después. Puede ocurrir que un préstamo reúna parte, pero no todos los requisitos que exige la Ley 2/1994. No me parece dudoso que podrán otorgarse al amparo de lo dispuesto en el art. 1.211 del Código civil, y, claro está, con las consecuencias civiles, hipotecarias y fiscales del régimen general, sin que

a los mismos pueda aplicárseles los beneficios de la mencionada Ley.

1. Naturaleza jurídica

Se ha tratado de explicar la institución que examinamos desde variados prismas, o puntos de vista no siempre satisfactorios:

Se habla de una cesión del crédito del antiguo acreedor operado a favor del nuevo (algunos autores la califican de «cesión ficticia»), pero, ficticia o real, ¿por la sola voluntad del deudor? ¿Y con todas las consecuencias de una cesión de créditos?

Como una variante de la anterior: se ha hablado también de una cesión forzosa del crédito, cuando concurren los requisitos exigidos por la ley.

Quizá esta idea mejore la anterior. Pero mejor aún, y menos comprometido, será hablar de «transmisión», o «transferencia», tal como lo hace el art. 1.212 del Código civil («La subrogación —dice este precepto— *transfiere* al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas»), porque como enseñan Díez-Picazo y Gullón («Sistema de Derecho civil», vol. II, Madrid, 1990, p. 262) el acreedor que transmite el crédito por subrogación no es un cedente, con la consecuencia —que apuntan estos autores— de que no responderá de la existencia ni legitimidad del crédito, ni de la solvencia del deudor.

Toullier (ob. cit., p. 72) detalla que a diferencia de la subrogación consentida por el acreedor, cuando la subrogación es consentida por el deudor, o concedida por la ley y operada por el pago, los acreedores del antiguo acreedor, nada pueden pretender sobre los derechos de este último, que, por lo que a él respecta, se hallan irrevocablemente extinguidos, aunque la ley «por su omnipotencia», los haga subsistir, o los sustituya por otros parecidos en beneficio del subrogado.

Y claro está que cualquiera que sea la naturaleza que se le asigne a esta subrogación, tiene más de legal que de convencional. Será convencional en su origen, en las relaciones entre el deudor y el nuevo acreedor. Pero más allá de este círculo, en cuanto toca a la esfera de los intereses del acreedor primitivo, y desde luego de los acreedores intermedios, la subrogación es indiscutiblemente más legal que convencional. Precisamente si fuera convencional probablemente se frustraría más de una subrogación por no interesar al acreedor antiguo.

La subrogación se produce en el crédito del antiguo acreedor, con todos los derechos anejos, incluso la hipoteca. Yo diría principalmente la hipoteca. El crédito del antiguo acreedor, ya hemos

dicho que ha de ser dinerario. Pero no necesariamente derivado de otro préstamo.

¿Acaso se produce aquí un fenómeno de prestidigitación jurídica? El nuevo acreedor, prestador o prestamista, producida la subrogación, pasa a ostentar la titularidad del crédito del antiguo acreedor, que bien pudiera ser un crédito que, aun siendo dinerario, no derive de un contrato de préstamo?

Lo veremos al estudiar los efectos de la subrogación.

2. Finalidad o ventajas de la subrogación

Para el deudor, la posibilidad de obtener mejores condiciones en la deuda que tiene contraída, especialmente la obtención de un tipo más bajo de interés.

Para el nuevo acreedor, la posibilidad de lograr una inversión de sus capitales aprovechando las garantías ya existentes en beneficio del primitivo acreedor que va a quedar reintegrado, en particular la garantía hipotecaria, con el mismo rango y, por tanto, sin que le perjudiquen las posibles cargas posteriores.

3. Peligros de fraude en la utilización de esta figura

Al regular la subrogación por consentimiento del deudor, el legislador ha tratado precisamente de evitar los posibles fraudes que podrían cometerse con la utilización de la misma. Los autores lo han puesto de relieve (por ejemplo Laurent, ob. cit., pp. 44 y ss.).

Así, un posible caso de fraude: cuando el dueño de la finca gravado con dos hipotecas a favor de personas distintas, paga al primer acreedor. En principio la segunda hipoteca asciende de rango. Si después el dueño de la finca necesita dinero difícilmente lo encontrará cuando el inmueble está hipotecado. Pero con el fin de garantizar al nuevo prestamista, da al préstamo una fecha anterior al pago de la deuda con el primer acreedor como si hubiese tomado el dinero a préstamo para pagar al mismo. El acto es fraudulento en perjuicio del segundo acreedor. Con el fin de evitarlo ya veremos que se exige la escritura pública evitando así la antedatación del préstamo.

Otro caso: el deudor paga al antiguo acreedor hipotecario con dinero propio del deudor. Pero a la vista de futuras eventualidades, quiere procurarse fraudulentamente el medio de recuperar el dinero o parte del dinero pagado al antiguo acreedor. A tal fin simula un préstamo y subroga al mutuante ficticio en los derechos del acreedor: paga al acreedor con dinero propio pero hace constar que el dinero lo ha tomado a préstamo. Después, con la compli-

cidad del mutuante ficticio, podrá éste presentarse en juicio con prelación a los acreedores posteriores, que realmente quedarán despojados de sus derechos a consecuencia de este fraude. La escritura pública aquí imposibilita el fraude, o al menos lo hará muy difícil.

Otro caso: el deudor se dirige sucesivamente a dos posibles prestamistas para tomar a préstamo la misma suma con la misma subrogación. Si los dos consienten dar a préstamo una cantidad, uno de ellos quedará engañado. También aquí la escritura pública seguida de presentación inmediata en el Registro de la Propiedad hace muy difícil el fraude.

Otro caso de posible fraude, y esta vez en relación más que con el préstamo con la carta de pago: El deudor ha pagado a su acreedor hipotecario, en tiempo pretérito. Ahora consigue un nuevo préstamo y con la complicidad del antiguo acreedor obtiene de éste una carta de pago como si hubiese recibido el pago solamente ahora. Mediante esta actuación fraudulenta hace revivir el crédito del antiguo acreedor y lo extingue simuladamente con el nuevo préstamo. También aquí la escritura pública puede impedir o dificultar en grado sumo tal fraude.

Ya veremos cómo los requisitos exigidos por la ley tratan de evitar estos fraudes.

4. Sujetos

En la operación se hallan interesados de modo inmediato: el deudor, el antiguo acreedor y el nuevo, aunque los efectos de la operación tendrán o podrán tener, consecuencias, sobre otras personas como son los acreedores intermedios.

A) DEUDOR

En principio no importa la clase de deuda, esté o no esté asegurada con hipoteca o con cualquier otra clase de garantía. La jurisprudencia francesa así lo ha admitido. Por ejemplo, Sentencia de la Sala de lo civil de la Corte de casación de 7 de junio de 1978 respecto al asegurador que paga la indemnización debida en ejecución del contrato de seguro por responsabilidad de un notario.

Lo que ocurre es que en la práctica donde puede haber más interés en esta subrogación es en los supuestos de créditos privilegiados, y más precisamente en los supuestos en que el pago de la deuda se halle garantizada con hipoteca, máxime si existen otros acreedores hipotecarios intermedios. Y como ya hemos dicho, la razón de ser de la norma se halla actualmente en el fenó-

meno del descenso generalizado de los tipos de interés, pero en relación con los supuestos de préstamos, y dentro de los préstamos, los hipotecarios.

Con referencia al Código civil francés, dice Toullier («Le Droit Civil français, suivant l'ordre du Code civil», tomo 4.^o, Bruselas, 1848, p. 65) que las disposiciones del mismo sobre la subrogación, o sobre la transmisión de las acciones y privilegios de los acreedores, se refieren a aquellos privilegios que interesan a otros acreedores. «Tales son —añade— los derechos de hipoteca y los privilegios que dan a un crédito una preferencia sobre los otros. Es a la vista de la transmisión de estos derechos por lo que la ley ha debido tomar precauciones para impedir los fraudes, tan fáciles de cometer en perjuicio de los acreedores posteriores o quirografarios: es por ello por lo que exige imperativamente que el destino y la declaración de empleo de los dineros prestados se expresen mediante actos auténticos.»

Digamos, en fin, que aun cuando la subrogación se lleva a cabo —si se cumplen los demás requisitos— cualquiera que sea la naturaleza de la deuda, en la práctica donde se han producido los intentos y las necesidades o conveniencias de acudir a esta figura, ha sido, recientemente, en las deudas derivadas de un préstamo. Sin olvidar que históricamente, según hemos podido apreciar antes, la figura que determinó el resurgir de esta subrogación en el año 1609, fue precisamente la de la renta.

En todo caso debe tratarse de un obligado, por determinada relación jurídica, a pagar a otra persona alguna cantidad. No lo dice así expresamente el Código. Pero lo que si dice es que el deudor podrá hacer la subrogación cuando para pagar la deuda haya tomado prestado *el dinero* por escritura pública. Es decir, que en definitiva se trata de cumplir la deuda con entrega de dinero. Obligación, por tanto, dineraria.

Ha de ser *un deudor*. Por tanto, sin perjuicio de que por otros mecanismos pudiera obtenerse el mismo o análogo resultado, no será aplicable este precepto a la hipótesis en que un acreedor pague a otro acreedor preferente. Como dice Laurent (ob. cit., p. 42) el precepto se refiere al *deudor* que toma dinero a préstamo, y el acreedor que paga a otro acreedor preferente no es un deudor. Esta hipótesis se sale de la letra del código, y no puede encontrar apoyo en el espíritu de la norma. El acreedor que paga a otro acreedor preferente no lo hace, ciertamente, para aprovecharse de una reducción o rebaja del tipo de interés. Y aun cuando tenga otras razones para hacerlo, no deben bastar para admitir o extender la norma del precepto que establece la subrogación.

El mismo autor plantea el caso del *comprador de un inmueble hipotecado* que emplea el precio en el pago del crédito garantizado con hipoteca sobre la finca que ahora compra, para lo cual y con tal finalidad toma dinero a préstamo. A mí me parece que cuando

el precio (o parte del precio) se paga mediante subrogación del comprador en las obligaciones derivadas de la hipoteca que grava la finca, está asumiendo la deuda, tenga o no carácter de asunción liberatoria de dicha deuda por lo que respecta al vendedor, es decir, libere o no al vendedor en virtud de dicha asunción, el comprador puede ser considerado como *deudor* del acreedor hipotecario inscrito, al que le debe ser aplicable la norma del art. 1.211. Pero Laurent (ob. cit., p. 43) argumenta: «La ley subroga al adquirente que paga a los acreedores inscritos sobre el inmueble vendido. ¿Respecto de quién lo subroga? Naturalmente respecto de los acreedores por él satisfechos: por tanto el comprador que paga el precio con dinero propio queda subrogado en los derechos de los acreedores; en consecuencia, si desinteresa (separa) a sus acreedores con dinero tomado a préstamo, subroga al mutuante en los derechos de los mismos acreedores». Y añade: «esta consideración me parece decisiva».

B) ACREEDOR ANTIGUO

Se halla en la parte activa de la obligación examinada que ahora se trata de pagar mediante el dinero obtenido de un préstamo otorgado por el nuevo acreedor. Ahora, como antes, el acreedor normalmente se resiste a perder la «colocación» de su dinero a un interés respetable que va a ser cambiado por un interés bastante inferior. Pero ya veremos que la subrogación se produce aun contra la voluntad del antiguo acreedor si se cumplen los requisitos legales.

C) NUEVO ACREEDOR

Cualquiera persona puede acogerse a esta figura. Que de hecho se trate de acudir a ella por entidades de crédito, no quiere decir que no pueda hacerlo una entidad de distinta naturaleza, o una persona física. Ha de tratarse de una persona que entregue dinero a préstamo a otra persona que ya es deudora de otro u otros acreedores.

Ya en el Edicto de 1609 antes transscrito se hacía referencia a los que prestaren, es decir, a los que dieran dinero a préstamo. En nuestro Código civil no hay la menor duda de que debe tratarse de un préstamo en dinero.

5. Requisitos

Podemos sintetizar los requisitos exigibles con arreglo a nuestro Código civil, en los siguientes:

1.^º *Existencia de una deuda.* Más que requisito, es un presupuesto para la aplicación de los demás a que vamos a referirnos. Ya hemos hablado de la clase de deuda.

¿Debe constar en escritura pública? No lo exige la ley. Pero, no obstante, en la práctica, si se tiene en cuenta la finalidad de la subrogación, difícilmente se encontrará un supuesto en que un nuevo acreedor acuda a esta figura para subrogarse en un crédito quirografario. Rayaría en lo absurdo. Lo que quiere el nuevo acreedor es buena inversión, y garantía. Y la mejor garantía es la real, y concretamente la hipotecaria (sin descartar una fianza que estuviera constituida en unas condiciones que dicho sea de paso no será fácil encontrar). Si el nuevo acreedor quiere aprovecharse de la ventaja que supone el colocarse en el mismo lugar y rango del antiguo acreedor hipotecario satisfecho, se da por supuesto que su crédito (y obviamente la deuda de que se deriva) constará al menos en la escritura de constitución de hipoteca.

2.^º *Que el deudor haya tomado prestado dinero.* No basta que otra persona entregue dinero al deudor. Es necesario que la entrega se haga a préstamo. Así resulta claramente del texto literal del código. Y no parece que pueda aplicarse la analogía en esta materia.

Sin embargo, es frecuente en los comentaristas la opinión de extender la hipótesis legal a otros en que exista identidad de razón (por ejemplo Butera, «*Pagamento con surrogazione*», en «*Il Digesto Italiano*», vol. XXIII, parte primera, Turín, 1925, p. 164). Y muchos de quienes así piensan llegan a alegar la tradición histórica, con cita del Edicto del 1609, y diciendo que en éste se habla no de prestadores o de prestamistas sino de quienes suministren o faciliten los dineros («... ceux qui fourniront leurs deniers...»). Sin embargo, si se lee atentamente tal Edicto, se verá que, al menos dos veces se habla de los «que presten» sus dineros («... ceux qui presteront leurs deniers...», y «... autres qui presteront les dits deniers...»).

Ciertamente se invoca también el caso francés en que un padre da en dote a su hija una cantidad de dinero, estipulándose en la constitución de la dote que el dinero dotal se empleará en la extinción de un débito hipotecario mediante subrogación, y en que los tribunales franceses entendieron aplicable la subrogación en base al art. 1.250 del Código civil francés. La verdad que si no hay otros casos que el de la dote, suprimida ésta por nuestra legislación carece de interés su examen actualmente. Queda en pie no obstante la posible aplicación a otros supuestos que guarden analogía. Mi opinión es que el precepto del art. 1.211 debe con-

cretarse a las hipótesis que contempla, es decir, a los supuestos de préstamo.

Debe constar en la escritura la entrega de la cantidad prestada, bajo cualquiera de las modalidades de entrega reconocidas en derecho. La doctrina de los comentaristas del código napoleónico está dividida en cuanto al tema de si es posible que la entrega de la cantidad prestada se efectúe mucho antes de la formalización de la escritura de préstamo. Por mi parte no creo recomendable ni aceptable por regla general que el prestatario *confiese recibida la cantidad*. Al menos dicho así, con esa generalidad.

Digo por regla general, sin excluir que en algún caso concreto pueda realizarse (supuestos en que no ha ido seguido de pago al antiguo acreedor, y en que además pueda hacerse referencia cierta al modo en que ha sido entregada dicha cantidad). Y digo eso porque los supuestos de confesar recibida la cantidad en tiempo pretérito generalmente van acompañada de pagos que se han hecho también en tiempo pretérito al primitivo acreedor sin guardar los requisitos legales. Se trata también en los casos generales de préstamos otorgados sin cumplir las exigencias de la ley, concretamente sin escritura pública y sin que en ese momento se haga constar el destino de la cantidad prestada. Son préstamos que podríamos llamar «ordinarios» en contraposición a los «préstamos con subrogación». En la mayor parte de los casos con el dinero obtenido se paga al acreedor sin que en la carta de pago o recibo del acreedor se haga constar la procedencia del dinero. Luego se trata de acomodar en tiempo futuro esa conducta a los requisitos legales. Pero lo evidente es que tales requisitos no se han cumplido. Y, probados tales hechos, parece que la conclusión lógica sería la de que la obligación quedó extinguida. Podría pensarse en una colaboración del acreedor primitivo, pero conviene tener presente que en el tema hay o puede haber más interesados: los acreedores intermedios a los que se pretende anteponer ahora el nuevo y que tendrán también algo que alegar respecto del incumplimiento de los requisitos legales. No creo exagerar si afirmo que difícilmente podría inscribirse en el Registro de la Propiedad tal escritura.

En definitiva, si se quiere evitar fraudes parece que tal fórmula debe rechazarse como posible vehículo de los mismos, ya que permitiría que el dinero se entregase mucho tiempo antes de la formalización de la escritura de préstamo sin el cumplimiento de los requisitos legales, y con posible lesión a los derechos de acreedores intermedios.

El código exige que el deudor «haya tomado prestado el dinero por escritura pública». No puede propiamente decirse que el dinero se tomó prestado en su día en escritura pública cuando dicho préstamo se llevó a cabo sin escritura pública. Es ahora cuando, transcurrido un tiempo se pretende otorgarla, renovando la mani-

festación de la voluntad negocial ante Notario, pero en cuyo acto ya sólo cabe hacer referencia a la anterior entrega de la cantidad.

3.^º *Que el dinero se haya tomado a préstamo precisamente para pagar tal deuda.* O dicho de otro modo, que se exprese en la escritura de préstamo el destino de la cantidad prestada que ha de ser, por hipótesis, el pago de la determinada deuda a que se refiere la operación. Así se deduce del art. 1.211 del Código civil: «cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, *haciendo constar su propósito en ella.*» Es evidente que la subrogación que se pretende se refiere a un crédito determinado, por tanto, a una deuda determinada. Si, como veremos, deberá efectuarse la pertinente declaración en la escritura de préstamo y en la carta de pago, del empleo y de la procedencia, respectivamente, del dinero aplicado, ¿cómo es posible hacer referencia en la escritura de préstamo al empleo que ha de darse a la cantidad prestada sin determinar la deuda a que se debe aplicar?

De la letra del art. 1.211 parece que cuando habla de *su propósito*, se refiere al deudor, y que es éste quien debe hacer la declaración. Baudry-Lacantinerie y Barde («Trattato teorico-pratico di Diritto Civile-Delle obligazioni», vol. 2.^º, Milán, 1915, p. 649 y s.) con referencia al art. 1.250.2.^º del Código civil francés, en donde la letra del precepto dice «... que en la escritura de préstamo se declare que la cantidad ha sido prestada para hacer el pago...», entienden que la ley no preceptúa que estas declaraciones provengan de una de las partes mejor que de la otra. «Basta solamente —dice— que se hayan hecho. No surgiría por tanto una causa de nulidad, si el mutuante, en la escritura de préstamo, declarase el destino del dinero dado a préstamo, o si el mismo acreedor, en la carta de pago, constatase el origen del uso de este dinero».

Por mi parte, creo que este problema que ha preocupado mucho a la doctrina debido a la más vaga redacción en este punto del art. 1.250.2 del Código civil francés, puede minimizarse si se considera que: en cuanto al préstamo, como quiera que deberá ser otorgado por prestamista y prestatario, póngase en boca de uno o de otro el referido «propósito» no cabe la menor duda de que ambos concuerdan en él desde el momento en que los dos otorgarán la escritura y, obviamente, ninguno de ellos hará salvedad expresa en cuanto a este punto; y en cuanto a la carta de pago, si concurren ambas partes al otorgamiento, me remito a lo expuesto, y si la otorga sólo el acreedor, evidentemente deberá ser éste quien lo manifieste.

4.^º *Que el préstamo se solemnice en escritura pública.* La exigencia de dicha escritura, así como los demás requisitos impuestos por la ley, tratan —según hemos visto— de evitar el fraude a terceros.

5.^º *Que se pague efectivamente la deuda y en la carta de pago se exprese la procedencia de la cantidad pagada.* El pago de la deuda es tan obvio que no se hace mención expresa en el art. 1.211.

Butera (ob. cit., p. 164) estima que el pago del dinero debe hacerse por el deudor de su propia mano, o por un mandatario suyo, sin que sea necesario en este caso que el mandato resulte de acto auténtico.

Conviene en este punto hacer algunas matizaciones: el préstamo, como contrato real, y además por hipótesis en el caso que contemplamos, requiere la entrega del dinero por el prestamista al prestatario, y precisamente del dinero con el que va a ser pagada la deuda, y con esa finalidad (además de la de subrogación). Pero de ahí a que el pago de la deuda tenga que hacerlo personalmente el deudor ya es otro cantar. Más aún, es aconsejable en la mayor parte de los casos que lo haga el acreedor. Un criterio de elemental prudencia aconseja que sea el acreedor el que lleve las riendas de la operación, cuidando del efectivo empleo del dinero para pagar al antiguo acreedor, y de que al efectuarse el pago se obtenga carta de pago en el que se haga constar la procedencia de la cantidad pagada, tal como establece el art. 1.211. De hecho, en los préstamos bancarios, después de hacerse constar la entrega del dinero, queda autorizado el propio banco (con una u otra fórmula, generalmente en la propia escritura) para encargarse de efectuar el pago al antiguo acreedor, bien a través de su organización, o bien a través del propio notario autorizante de la escritura. Tampoco hay inconveniente en que tal autorización o mandato conste en documento separado que no precisa sea auténtico.

El art. 1.211 no se refiere al pago sino a la carta de pago, dando por supuesto aquél, y exigiendo que en la carta de pago se exprese la procedencia de la cantidad pagada.

Es otra de las cautelas exigidas por el Código civil con la misma finalidad de evitar fraudes. No exige en cambio el art. 1.211 que la carta de pago se otorgue en escritura pública. Pero de hecho, en la práctica se acudirá a ella cuando se trate de subrogación en préstamos hipotecarios, o cuando se pretenda una prueba segura. Ni que decir tiene que, si concurren (y colaboran) los interesados, o sus representantes, podrían otorgarse en una sola escritura tanto el préstamo como la carta de pago.

No es necesario, en cambio, que conste expresamente una voluntad concorde del deudor y del nuevo acreedor, acerca de la conservación de la hipoteca (y subrogación en ella), como, por el contrario, se exigía en el Derecho romano en el fragmento de Paulo antes citado (*L.3,Dig. quae res pign. 20,3*) y del que antes nos hemos ocupado.

Y es que, siguiendo a Toullier (ob. cit., p. 65), diremos que si ya existe la declaración en el préstamo acerca del destino de

la cantidad prestada, y si existe en la carta de pago la declaración de la efectividad de dicho empleo, no hace falta ya una nueva declaración expresa acerca de la subrogación. Las dos primeras declaraciones antes referidas, son suficientes —como dice Toullier— «para manifestar, sin equívocos, la voluntad de subrogar en los derechos del acreedor al tercero que presta su dinero para pagar; de otro modo ¿cómo explicar la declaración acerca del destino de la cantidad prestada inserta por el deudor en la escritura de préstamo; y la declaración de la efectividad del empleo que hace insertar en la carta de pago, al pagar al acreedor?»

«Serian —añade— dos cláusulas perfectamente inútiles y no deben presumirse en las escrituras. Es preciso interpretar las cláusulas en el sentido en que produzcan efecto (cita el art. 1.157, Código civil francés, equivalente a nuestro 1.284). Por tanto de esas dos cláusulas resulta un convenio tácito de subrogación del prestamista, y esta convención es, a la luz de la razón, suficiente para la transmisión de las hipotecas así como de las acciones personales...»

En cuanto al tiempo en que debe realizarse el pago, no hay duda que debe ser posterior (o a lo más simultáneo) al otorgamiento de la escritura de préstamo, según puede deducirse de la propia letra del art. 1.211. Y es lógico que sea así. Si el pago se efectúa por el deudor antes del otorgamiento de la escritura de préstamo (después en la escritura el deudor confiesa recibida en tiempo anterior la cantidad prestada, procedimiento a mi juicio incorrecto) no cabe ya subrogación puesto que tal pago extinguió la obligación, precisamente por pago o cumplimiento, y no cabe subrogación en un crédito ya inexistente.

Ahora bien supuesto que el pago debe ser posterior (o simultáneo) al otorgamiento de la escritura de préstamo, se plantea también la interrogante acerca de si dicho pago posterior a la escritura de préstamo debe efectuarse o intentarse de inmediato o dentro de un plazo o sin sujeción a plazo.

Ya vimos antes las dos opiniones contrapuestas de Domat y de Pothier. El art. 1.211 no señala plazo, y la mayor parte de la doctrina extranjera comentando análogos preceptos de sus códigos entiende que puede ser efectuado sin sujeción a plazo. Creo, no obstante, que aunque esto sea así, no debe olvidarse que el primer interesado en no retrasar tal requisito es el propio nuevo acreedor que cuidará de que se lleve a cabo por su propio interés, y en todo caso, y teniendo en cuenta el interés de acreedores posteriores en rango, debe realizarse en un tiempo prudencial. ¿Cuál?

Duranton (*«Cours de Droit français suivant le Code Civil»*, 4.^a ed., Bruselas, 1841, p. 77) explica que la ley no fija el tiempo en el cual debe ser realizado el pago, porque en efecto es imposible fijar un plazo, ya que el pago puede tener que efectuarse en un lugar alejado de aquél en que el préstamo se ha otorgado, que el

término de la deuda puede incluso no estar vencido en el momento del préstamo, cuando el deudor no ha querido dejar escapar la oportunidad de aceptar este préstamo, etc. En consecuencia en tanto no se demuestre que los dineros prestados han sido empleados para otra finalidad, la declaración hecha en la carta de pago de que el pago ha tenido lugar con esos mismo dineros, aseguraría generalmente la subrogación, incluso aunque hubiera transcurrido un largo tiempo, por ejemplo *seis meses*, entre la escritura de préstamo y el pago: y la prueba del empleo del dinero para otra finalidad, no debería ser admitida más que por actas, y no por testigos...

Merlin (ob. cit., p. 260) destaca la falta de acuerdo de los autores en orden al plazo o intervalo de tiempo que el deudor puede dejar entre el préstamo y el empleo de la cantidad prestada. Y con cita de los correspondientes autores, señala las distintas opiniones: el mismo día, al día siguiente, tres días después, algunos diez días, y hasta hay que creer admisible el de los seis meses, plazo este último que en cambio a otros autores parece demasiado largo. Ante el silencio del Código civil francés, Merlin cree que en cualquier época en que se haga el empleo, habrá subrogación si se cumplen las demás condiciones.

Butera (ob. cit., p. 166) cita una Sentencia del Tribunal de casación de París, de 30 de junio de 1853, por la que se declara válida una carta de pago subrogatoria redactada un año después de la estipulación del mutuo, «precisamente porque el magistrado se convenció de que los fondos empleados para extinguir la deuda provenían del mutuante».

Y Baudry-Lacantinerie y Barde (ob. cit., p. 650), estiman que cuando el intervalo entre el préstamo y el pago del antiguo acreedor es relativamente largo, los tribunales pueden decidir, según las circunstancias, si el dinero tomado a préstamo ha sido utilizado o no para el pago, y en consecuencia admitir o rechazar la subrogación.

6. Efectos

El más importante es el de la subrogación del nuevo acreedor en el crédito del antiguo. Para este efecto es necesario que se hayan cumplido todos los requisitos que acabamos de estudiar, y entre ellos el pago al referido antiguo acreedor.

Dicho acreedor debe recibir el pago, y otorgar la pertinente carta de pago.

¿*Quid* si se niega a ello?

No obstante la voluntad contraria del antiguo acreedor deberá operar la subrogación. En tal caso entiendo que el deudor (o su mandatario) deberá notificar al antiguo acreedor el otorgamiento

de la escritura de préstamo, y con ofrecimiento del pago de la cantidad adeudada y sus accesorios, le requerirá al propio tiempo para que acepte dicho pago, y otorgue la oportuna carta de pago haciendo constar en la misma que el dinero proviene del préstamo notificado. No es necesario que en la carta de pago se haga constar que el acreedor pagado subroga al nuevo acreedor. Si lo hace no estorba. Pero como ya advertía antes la subrogación que estudiamos es convencional en lo que toca al deudor, no en cuanto se refiere al antiguo acreedor para el cual debe ser considerada la subrogación como legal.

Si el acreedor se niega a admitir el pago, o a otorgar la carta de pago en los términos indicados exigidos por el art. 1.211 (no es pensable que si el antiguo acreedor se niega a otorgar dicha carta de pago, el nuevo —por el deudor— sea tan ingenuo como para efectuarlo), entiendo que una consignación judicial del total importe de lo adeudado, haciendo constar en la consignación la procedencia del dinero, debería ser bastante una vez aprobada por el juez. A salvo para el acreedor separado las acciones que crea le asistan para ejercitarlas en el procedimiento judicial correspondiente.

Producida la subrogación, el nuevo acreedor pasará a ser el nuevo titular del crédito, con su garantía hipotecaria, o en su caso con su garantía prendaria, o con su garantía personal.

¿Del mismo crédito, aunque sea de otra naturaleza?

La cuestión ya la había planteado Pothier (ob. cit., p. 288 y s.). Distingue al efecto el supuesto de la subrogación de un nuevo acreedor en los derechos del antiguo que se hace por convenio entre el nuevo acreedor y el deudor, y las otras subrogaciones. Y dice: «... en las otras subrogaciones, los derechos del acreedor pasan siempre al subrogado, con la misma naturaleza y tal como ese otro acreedor los hubiera ejercitado; mientras que, en el caso de la subrogación de un nuevo acreedor en los derechos del antiguo (hay que entender se refiere ahora Pothier a la que se hace por convenio con el deudor), los derechos del antiguo acreedor no pasan siempre al nuevo, tal como estaban y con la misma naturaleza, sino modificados, y como convertidos en la naturaleza del crédito que resulte del contrato celebrado entre el nuevo acreedor y el deudor, de manera no obstante que el nuevo no pueda jamás en virtud de la subrogación, tener más de lo que podía haber tenido el antiguo».

Lo explica con los siguientes ejemplos:

«En las subrogaciones ordinarias, cuando, por ejemplo, un deudor de *renta sobre inmueble* la redime, y se hace subrogar en los derechos del acreedor, los derechos de ese acreedor los adquiere en su naturaleza de renta sobre inmueble; por la subrogación pasa a ser un verdadero acreedor de renta sobre inmueble, y puede ejercitar contra sus codeudores, todos los derechos que son pro-

pios a los titulares de las rentas sobre inmuebles. Por el contrario, cuando el deudor de una renta sobre inmuebles constituye a favor de un nuevo acreedor una renta de cincuenta libras, por el precio de mil libras, con promesa de que empleará esta cantidad en la redención de la renta sobre inmueble, y le subrogará en los derechos del acreedor de esta renta, tales derechos no pasan, por la subrogación, al nuevo acreedor, en su naturaleza de renta sobre inmuebles, sino modificada y convertida en la de *renta constituida*, y no puede este acreedor ejercitar los derechos que son propios de los titulares de rentas sobre inmuebles.»

«De modo análogo, cuando el deudor de una cantidad exigible de cuatro mil libras, ha constituido a favor de un nuevo acreedor doscientas libras de renta, por precio igual de cuatro mil libras, con promesa de emplearlas para pagar al antiguo acreedor, y de subrogar al nuevo en los derechos del antiguo, la subrogación no hará pasar al nuevo acreedor los derechos del antiguo, en su naturaleza de crédito exigible, sino en la naturaleza de un principal de renta.»

Esta, sin embargo, es una materia delicada en la que no puede verse unanimidad en los autores que han estudiado la materia. Así Toullier (ob. cit., p. 72 y s.) después de indicar (ya antes lo hemos citado) que a diferencia de la cesión, los acreedores del antiguo acreedor no pueden dirigirse contra los derechos de este último ya que por lo que a él respecta se hallan irrevocablemente extinguidos *aunque la ley, por su «omnipotencia», los haga subsistir o los sustituya por otros parecidos en favor del subrogado*, añade que el subrogado puede ejercer en su propio nombre y por su propia cuenta todos los derechos del subrogante cuya persona representa y ejercitarlos de la misma manera que él lo hubiera podido hacer.

Pone algunos ejemplos:

«Si el crédito consistía en el capital de una renta, la renta continuará produciéndose en provecho del subrogado. Si el crédito produce intereses, continuarán produciéndose en beneficio del subrogado, aunque al prestar sus dineros no haya estipulado intereses.»

«En una palabra, el subrogado puede ejercer, sin excepciones, todos los derechos que podría ejercer el subrogante. Así, por ejemplo, el que ha prestado sus dineros, con subrogación para pagar el precio de una venta, puede resolver el contrato por falta de pago, tal como lo podía hacer el vendedor.»

«El que ha prestado sus dineros con subrogación para recuperar la cosa vendida con pacto de retroventa, deberá gozar de la finca retraída, haciendo suyos los frutos, hasta que se le reembolse.»

En nuestro Código civil, el art. 1.212, dispone: «La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él an-

xos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas.»

Baudry-Lacantinerie y Barde (ob. cit., p. 692 y s.), con referencia al art. 1.252 del Código civil francés según el cual, en su primer inciso, «la subrogación establecida por los artículos precedentes tiene lugar tanto contra los fiadores como contra los deudores...», muestra su extrañeza por la norma, ya que le parece inútil que la ley considere especialmente a los fiadores, al ser evidente que la subrogación opera contra ellos (parten de la base de considerar que la fianza es inherente a la deuda que garantiza y de la que es complemento, así como de la postura adoptada por los mismos de configurar la subrogación como una cesión, aunque ficticia, del crédito, y como tal cesión ya lleva implícita la transmisión de las garantías).

Dichos autores dan una explicación histórica al precepto. Según ellos muchos de los antiguos jurisconsultos estimaban que la subrogación no podía tener lugar frente a los fiadores. «Tal era el parecer de Dumoulin. Es de gran importancia para el fiador —dice este autor— que un acreedor severo y riguroso no sustituya a un acreedor paciente y humano. Pero Dumoulin estaba equivocado al situarse bajo tal punto de vista: no es la persona de acreedor sino la del deudor la que el fiador toma en consideración cuando se obliga. La fianza es por tanto inherente a la deuda que garantiza y de la que es complemento. Debe por tanto durar tanto como la deuda.» El parlamento de Rouen (Reglamento de 6 de abril de 1666, art. 132), decidió que la subrogación no operase contra los fiadores. En cambio el Parlamento de París (Reglamento de 6 de julio de 1690) se pronunció en sentido contrario. Y los autores del Código entendieron que debían seguir esta última jurisprudencia, y así quedó redactado el primer inciso del art. 1.251.

A mí me parece que, aun siendo cierto cuanto afirman estos autores, el precepto puede tener una explicación no ya histórica sino actual: La subrogación no es una cesión que en efecto ya llevaría implícita el efecto frente a los fiadores. Y precisamente porque no lo es, al querer el legislador que tal efecto se produjera, ha tenido que expresarse tal efecto en el artículo que examinamos, para que no hubiera lugar a dudas sobre el alcance de la eficacia de la subrogación frente a los fiadores.

Quid respecto de los privilegios. Parece en principio que el crédito se «transfiere» al subrogado con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra terceros. Los privilegios pueden encajar en el precepto del art. 1.212.

Respecto del *privilegio salarial* se ha discutido si la regla del art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, hace a los créditos salariales intransmisibles por vía de cesión. Dicho art. 3.5 preceptúa que: «Los trabajadores no podrán disponer válidamente antes o

después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.»

Encarna Cordero Lobato («La jurisprudencia relativa a los privilegios del crédito salarial. En particular, el privilegio salarial refaccionario del art. 32.2 del Estatuto de los Trabajadores», en Anuario de Derecho Civil, XLVI, fascículo IV, octubre-diciembre 1993, pp. 1943 y ss.), entiende que la prohibición de disposición del precepto no puede aplicarse a los casos de cesión o subrogación, para no llegar a un resultado contrario al que persigue la norma de protección a los trabajadores, siempre que el trabajador cobre efectivamente por medio de una cesión o subrogación.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de junio de 1989, y para un caso en que los créditos salariales se habían pagado con dinero tomado a préstamo de un banco, con esa finalidad y con subrogación, al amparo del art. 1.211 del Código civil, entendió que el acreedor no adquirió por vía de subrogación el privilegio salarial con que estaba favorecido el crédito transmitido, argumentando fundamentalmente que el «carácter personal» del privilegio salarial impide su transmisión al acreedor subrogado.

Cordero Lobato critica a esta sentencia y estima que los límites a la titularidad subrogatoria del privilegio deben ser establecidos en función de los efectos que el privilegio (tanto si lo ejerce el titular originario como si lo ejerce un subrogado) produce sobre el riesgo de insolvencia patrimonial. «En este sentido —dice—, puesto que la distribución del riesgo de insolvencia patrimonial del deudor no resulta alterada porque se permite el ejercicio del privilegio al acreedor subrogado, ya que éste nunca disfrutaría de una prioridad mayor que aquélla de la que gozase el titular originario del crédito transmitido, hay que concluir que los privilegios deben transmitirse con el crédito, sin que esta solución conlleve un perjuicio para los restantes acreedores, quienes sólo cobrarían después de ser satisfechos los créditos privilegiados.»

Añade que la solución negativa perjudicará sobre todo a los propios trabajadores al no poder contar con el dinero que por vía del préstamo anticipa el banco con los requisitos de la subrogación. Sin esta subrogación en el privilegio, será más difícil que el banco conceda el crédito o préstamo.

En Francia, la Corte de casación (Chambre commerciale), por Decisión de 23 de noviembre de 1982, ha resuelto que el subrogado que dispone de los derechos y acciones del acreedor a quien ha reembolsado, no se beneficia más que del privilegio unido al crédito que ha pagado. Un banco que ha abonado unos salarios en calidad de garantía no puede beneficiarse del privilegio salarial por los intereses de las sumas pagadas (Dalloz, «Code civil», París, 1993-1994, p. 861, notas al art. 1.252).

Según el art. 1.213, «el acreedor a quien se hubiese hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito».

[En el Código civil francés encontramos esta regla en el segundo inciso del art. 1.252: «(la subrogación) no puede perjudicar al acreedor cuando no ha sido pagado más que en parte; en este caso puede ejercitar sus derechos respecto al resto de su crédito con preferencia a aquél del que ha recibido el pago parcial»].

Obsérvese que el antiguo acreedor a quien sólo se le ha hecho un pago parcial, tiene a su favor un derecho de preferencia respecto al nuevo acreedor subrogado, pero sólo por el resto.

En el supuesto de que el crédito se halle garantizado con fianza, ¿será preferido el subrogante respecto del subrogado en cuanto a los bienes del fiador? La contestación debe ser negativa.

Laurent (ob. cit., p. 127) aduce en tal sentido que quien paga la deuda del deudor principal, satisface conjuntamente la obligación del fiador; por consiguiente tiene, contra éste, el mismo regreso que le corresponde respecto del deudor, y ello, no por efecto de la subrogación, sino por efecto del pago. Es decir, que tiene un regreso independiente de la subrogación y por tanto su condición es idéntica a la del acreedor: y siendo sus derechos iguales no se puede hablar de prelación.

Baudry-Lacantinerie y Barde (ob. cit., p. 695) siguen esta opinión y dicen: el subrogado dirá al acreedor: «yo prescindo de mi cualidad de subrogado, para presentarme junto a Vd. usando de los derechos que me son propios. La acción que ejercito es la acción de mandato o de gestión de negocios ajenos o la acción de *in rem verso*, que yo he adquirido contra el fiador, haciendo un pago que va dirigido en su beneficio; por consiguiente, no puede Vd. hacer valer contra mí un derecho de preferencia, que no está concedido más que contra el *subrogado*».

Si el antiguo acreedor, pagado parcialmente, vende la parte de crédito que aún no ha sido satisfecha, el adquirente la adquiere, de conformidad con el art. 1.528 del Código civil, con todos sus derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, y en consecuencia dicho adquirente tendrá en cuanto al subrogado, la misma preferencia que tendría el vendedor o cedente del crédito.

El problema que plantea la doctrina es el de si en este caso de pago parcial del crédito al antiguo acreedor, en cuya parte pagada se ha subrogado el nuevo acreedor, se produjera otra hipótesis de pago, por ejemplo del resto del crédito con los requisitos del art. 1.211, y con persona distinta del primer subrogado, ¿adquiriría el nuevo subrogado el resto de crédito, con el derecho de preferencia sobre el primer subrogado?

La opinión generalmente seguida por la doctrina y la jurisprudencia francesa es la negativa. La subrogación se producirá pero sin perjuicio de las modificaciones que se hayan podido estipular con el deudor en orden especialmente a los tipos de interés y a los plazos de amortización.

7. Incumplimiento de los requisitos exigidos

En caso de no cumplirse todos los requisitos exigidos por la ley, la subrogación prevista en el art. 1.211 no podrá producirse.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ocupó en Resolución de 7 de diciembre de 1950, de un caso en que se pretendía la inscripción en el Registro de la Propiedad de la subrogación en un crédito hipotecario, pero en el que faltaban los requisitos exigidos por el art. 1.211.

En síntesis los hechos eran: Banco Hipotecario concede a la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, de Bilbao, un préstamo de 3.000.000 de pesetas de principal, al 5,20 por 100, el 17 de diciembre de 1920, vencimiento cincuenta años, con hipoteca sobre un edificio del Hotel Carlton. En 6 de septiembre de 1943, según liquidación de reembolso anticipado, el importe adeudado era de 2.537.741,20 pesetas. En 6 de septiembre y 23 de diciembre de 1943, el Banco de Vizcaya remitió al Banco Hipotecario la cantidad de 2.541.547 pesetas por orden de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao y cuenta de la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton para satisfacer el crédito que el citado Banco Hipotecario le había concedido en escritura antes referenciada.

Por otra escritura de fecha 10 de febrero de 1944, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao concertó con la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, un préstamo que produciría la subrogación de dicha Caja de Ahorros en los derechos, obligaciones e hipotecas derivados de la escritura de préstamo de 17 de diciembre de 1920 antes citada, comprometiéndose el prestatario a otorgar los documentos que fuesen necesarios; figurando en la escritura que: el capital de este préstamo, de 2.541.547,81 pesetas, que *se confesaron recibidas* fue destinado exclusivamente a la amortización del saldo del préstamo a favor del Banco Hipotecario de España, por lo que quedó subrogada la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao en los derechos e hipotecas del expresado Banco Hipotecario; estipulándose que continuarían en vigor las cláusulas y condiciones del préstamo del Banco Hipotecario, que no fueran privativas de éste, si bien el interés se redujo al 4,50 por 100 anual y plazo de amortización a veinticinco años a partir de 1 de enero de 1944; ambos otorgantes hacen constar formalmente su propósito de notificar el con-

tenido y el objeto de esta escritura al Banco Hipotecario de España, exhortándole de conformidad con los arts. 1.211 y 1.212 del Código civil a otorgar carta de pago de la totalidad del préstamo como derecho personal, cancelando el derecho real de hipoteca solamente en cuanto a la diferencia del capital originario de 3.000.000 de ptas., y los 2.541.547,81 ptas. a que se contrae el préstamo contenido en este documento, subsistiendo, por tanto, la hipoteca en que quedará subrogada la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, por los 2.541.547,81 ptas., sus intereses de tres anualidades y trescientas mil como crédito supplementario para costas y gastos en su caso en calidad de primer hipotecario; que por ser el derecho que ejercitan los otorgantes al amparo del art. 1.211 del Código civil propio e independiente del acreedor Banco Hipotecario, se prevendrá a éste al notificarle la escritura que de no cumplir estrictamente lo dispuesto en el párrafo anterior respecto al otorgamiento de la carta de pago y cancelación parcial del derecho de hipoteca, no tendrá eficacia esta cancelación en cuanto a la parte de crédito hipotecario en que se subroga la Caja de Ahorros, según el art. 1.212 del Código civil.

El 10 de marzo de 1944 se requirió por los representantes de la Caja y de la sociedad deudora a un notario de Madrid para que notificase al Banco Hipotecario el otorgamiento de la escritura de 10 de febrero de 1944 y le invitase a reconocer que había recibido totalmente el importe del crédito concedido a la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, practicándose la diligencia por el notario el 17 de igual mes. El Banco Hipotecario contestó reconociendo que efectivamente había recibido 2.537.741,20 ptas. según liquidación recibo de 17 de septiembre de 1943, y que el Banco se daba por pagado de la totalidad del préstamo de 3.000.000 de pesetas otorgado el 17 de diciembre de 1920. *No se hizo constar la procedencia de la cantidad pagada.*

El Registrador denegó (por defecto insubsanable) la inscripción de la escritura de préstamo con subrogación otorgada el 10 de febrero de 1944, por entender que faltaba el requisito de que «conste de manera indubitable que se tomó el dinero para pagar, expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad... mal puede la sociedad prestataria novar en 10 de febrero de 1944 una obligación extinguida por pago en 17 de septiembre anterior, ni subrogar al nuevo acreedor en perjuicio de terceros inscritos cinco meses después de extinguida la obligación».

Se recurrió por la Caja. El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador. Este se alzó de la decisión presidencial. Y la DGRN revoca el auto apelado y declara que la escritura calificada no se halla redactada con arreglo a las formalidades y prescripciones legales.

En sus considerandos dice, entre otras cosas:

«Que el pago con subrogación constituye una forma de transmitir créditos con los derechos anexos y modifica la obligación primitiva, excepto cuando se declare terminantemente por los contratantes un propósito extintivo, o la anterior y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles, según preceptúan los arts. 1.203 y 1.204 del referido cuerpo legal, si bien no se producirá tal incompatibilidad aunque se varíen las condiciones principales o accesorias, siempre que las nuevas sean más favorables o faciliten el cumplimiento por el deudor de lo anteriormente pactado, según ha declarado el Tribunal Supremo;

»Que la subrogación legal prevista en los arts. 1.209 y 1.210 del repetido Código se presume realizada cuando un acreedor pague a otro preferente, o un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor y dinero propio del pagador, quien se subrogará *ope legis* en el crédito y derechos a él anexos, sin que el acreedor deba aprobar la subrogación ni se modifiquen las particularidades del crédito, que se adquirirá íntegro o parcialmente, según que se efectúe el pago de una u otra forma, puesto que todas las modificaciones que pudieran introducirse requerirían el consentimiento del obligado, y transformarían la naturaleza de la subrogación, convirtiéndola en convencional;

»Que el deudor podrá realizar la subrogación convencional con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.211 del Código civil, sin el consentimiento del acreedor, en cuanto cumpla los siguientes requisitos de ineludible observancia: 1.^º que el deudor haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella y 2.^º que al pagar el mismo deudor se consigne en la correspondiente carta de pago la procedencia de la cantidad pagada, circunstancias encaminadas a prevenir posibles abusos en perjuicio o fraude de acreedores posteriores;

»Que la operación proyectada por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao no puede calificarse de subrogación legal: 1.^º porque en la escritura de 10 de febrero de 1944, si bien se pretendió excluir la subsistencia de las cláusulas y condiciones que regían el préstamo del Banco Hipotecario, que fueran privativas de este establecimiento, no se tuvo en cuenta todo el alcance que imponía la condición singular y privilegiada de dicho acreedor configurada en la Ley de 2 de diciembre de 1872 y en sus Estatutos aprobados por Real Decreto de 11 de noviembre de 1928, modificados en algún punto por Decreto de 6 de junio de 1947; 2.^º porque las modificaciones introducidas en el primitivo contrato de préstamo, especialmente en cuanto a la duración, tipo de interés, capital y anualidades de amortización, cuya cuantía no consta determinada en la escritura, hacen imposible presumir la existencia de tal *subrogación legal*, y 3.^º porque en el momento de la calificación registral, tampoco se acreditó que la Caja de

Ahorros fuese acreedor hipotecario posterior, toda vez que el documento de 6 de junio de 1944, en el que consta que dicha entidad es poseedora de 1.200 obligaciones hipotecarias al portador de la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, no puede surtir efectos conforme a lo dispuesto en el art. 122 del Reglamento hipotecario de 1915;

»Que en la escritura de 10 de febrero de 1944 no puede estarse realizada una subrogación convencional, porque el pago del Banco de Vizcaya por orden de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao y cuenta de la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, tuvo lugar en el mes de septiembre de 1943, es decir, con anterioridad al otorgamiento de la referida escritura, y no se cumplieron además los requisitos prevenidos en el art. 1.211 del Código civil.»

IV. RÉGIMEN DE LAS LLAMADAS SUBROGACIÓN CONVENCIONAL Y NOVACIÓN MODIFICATIVA. EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. EN LA LEY 2/1994 DE 30 DE MARZO

Voy a referirme a los siguientes aspectos:

1. Sujetos

En la operación se hallan directamente interesados:
El deudor.

La entidad prestamista que queda subrogada.
La entidad acreedora (concedente del primitivo préstamo).

A. EL DEUDOR

Puede ser cualquier persona, física o jurídica, deudora en virtud de préstamo concertado con una de las entidades a que a continuación nos vamos a referir.

B. LA ENTIDAD PRESTAMISTA QUE QUEDA SUBROGADA

Según el art. 1.º-1 de la Ley:

«Las entidades financieras a las que se refiere el art. 2.º de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario, podrán ser subrogadas por el deudor en los préstamos hipotecarios concedidos, por otras entidades análogas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.»

Según la Ley 2/1981, art. 2.^º-1:

«1. Las entidades financieras que a continuación se detallan podrán otorgar préstamos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, sin perjuicio de las normas especiales del Banco Hipotecario de España:

- a) El Banco Hipotecario de España y, cuando así lo permitan sus respectivos Estatutos, las Entidades oficiales de crédito.
- b) Los bancos privados, comerciales o industriales y de negocios, incluido el Banco Exterior de España.
- c) Las Cajas de Ahorro.
- d) La Caja Postal de Ahorros.
- e) Las entidades de financiación reguladas por el RD 896/1977, de 28 de marzo.
- f) Las entidades cooperativas de crédito.
- g) Las sociedades de crédito hipotecario a que se refiere el art. 3.^º siguiente.»

La lista es suficientemente amplia, pero su número es cerrado. Así, una persona física, o una persona jurídica distinta a las que se recogen en la lista antes transcrita, no parece que se halle en el ámbito de actuación de la Ley.

C. LA ENTIDAD ACREDORA (CONCEDENTE DEL PRÉSTAMO ANTERIOR QUE AHORA ES OBJETO DE SUBROGACIÓN

La Ley habla aquí de «otras entidades análogas.» Podía haber dicho «otras entidades comprendidas en el art. 2.^º de la Ley 2/1981», pero no ha sido así. De todos modos entiendo que debe tratarse de una entidad que legalmente pueda dedicarse lícitamente a la actividad de concesión de préstamos. Si se puede hallar alguna entidad que reúna esta característica y no se encuentre en el ámbito del art. 2.^º de la Ley 2/1981, habría que entender que se hallará sujeta a las prescripciones de la Ley 2/1994.

2. Préstamos a que se refiere la Ley

Según el art. 1.^º-2 de la Ley 2/1994:

«2. La subrogación a que se refiere el apartado anterior será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario, *cualquiera que sea la fecha de su formalización* y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada.»

Después la propia Ley, en el art. 3.^º y en la Disposición Adicional 1.^a, se concreta a los préstamos a interés variable. Pero a salvo estos preceptos, la regla general es la de comprender a los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades antes referi-

das, tanto si son a interés fijo como a interés variable. Es decir, sean los préstamos a interés fijo o variable, se les aplicarán los preceptos de la Ley 2/1994, con la salvedad de aquellos preceptos en los que expresamente se concreta su aplicación a los de interés variable (así art. 3.º, sobre comisiones por amortización), y tanto si se otorgaron antes como si después, de la entrada en vigor de dicha Ley (entró en vigor el mismo día de su publicación en el «BOE», que fue el día 4 de abril de 1994).

No importa que se trate de préstamos financieros o préstamos a consumidores, ni la finalidad del préstamo. La única limitación es la que la propia entidad concedente del nuevo préstamo con subrogación pueda hacerse a la vista del caso concreto, del destino de dicho préstamo y de las dificultades que pueda tener después de la subrogación.

Obviamente me estoy refiriendo a los préstamos hipotecarios para cuyo pago con subrogación se va a conceder ahora un nuevo préstamo. Aquellos préstamos, repito, pueden haberse formalizado antes o después de la entrada en vigor de la Ley 2/1994. Pero el nuevo préstamo ya será posterior a la entrada en vigor de la ley.

3. Requisitos de la subrogación

Se parte de la base de que el deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las que antes hemos visto se comprenden en el art. 2.º de la Ley 2/1981, sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquella por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el art. 1.211 del Código civil. Esto supuesto los requisitos para que se produzca la subrogación se comprenden en el art. 2.º de la Ley 2/1994. Son los siguientes:

A. QUE LA ENTIDAD QUE ESTÉ DISPUESTA A SUBROGARSE PRESENTE AL DEUDOR UNA OFERTA VINCULANTE EN LA QUE CONSTARÁN LAS CONDICIONES FINANCIERAS DEL NUEVO PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Para acogerse a los beneficios de esta Ley, «en la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente» (art. 4.º de la Ley 2/1994).

Esto quiere decir que las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario que deben figurar en la oferta deben respetar ese límite: es decir, que debe concretarse a «la mejora de las condiciones del tipo de interés».

La Ley, no habla de la mejora del tipo de interés, sino de la mejora de las condiciones del tipo de interés. Esta expresión deja abierta la posibilidad de una interpretación flexible que permita incluso ahora el cambio de tales condiciones que pueden pasar de la referencia a los tipos declarados por entidades de crédito, a la referencia Mibor con el correspondiente diferencial, siempre que, objetivamente considerado *ahora* suponga una mejora de las condiciones del tipo, sin que puedan hacerse pronósticos de futuro.

Creo se puede pasar del tipo fijo a tipo variable, y de un tipo variable a otro también variable, siempre que suponga una mejora de las condiciones del tipo. Ciento que alguna entidad de crédito parece sostener otro criterio.

Pero sigamos con la oferta.

Esta oferta bastará que se haga por escrito, fijando escuetamente cuáles son las nuevas condiciones bajo las cuales la entidad oferente está dispuesta a conceder el préstamo para la finalidad indicada.

La Circular núm. 5 del Banco de España de 22 de julio de 1994 a entidades de crédito sobre modificación de la Circular 8/1990 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en su norma sexta, añade una nueva norma, la sexta bis, a la Circular 8/1998, y con arreglo a ella, en su apartado a), en las subrogaciones de préstamos hipotecarios reguladas por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, «la oferta vinculante a que se refiere el párrafo segundo del art. 2.^º de dicha Ley, se formulará por escrito deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega».

Por lo que respecta al contenido de la oferta vinculante la norma indicada de la Circular, la sexta bis, apartado a), dispone que dicha oferta especificará:

— Las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras que resulten de aplicación, de las recogidas en el Anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

En este Anexo II, se recogen las cláusulas financieras que deberán aparecer necesariamente en los contratos de préstamo sujetos a dicha Orden: y las numeradas con ordinal-bis (por ejemplo, cláusula 1.^a bis) sólo cuando resulten de aplicación. Si las repasamos advertiremos que se refieren:

«1.^a Capital del préstamo. La cláusula expresará:

a) El importe del préstamo. Si se tratara de un préstamo en divisa (por ejemplo Ecuas), se especificará ésta definiéndose adecuadamente. En las cláusulas correspondientes (2.^a, 3.^a, etc.) se señalarán las especificidades (por ejemplo moneda de pago, cálculo

lo del importe en pesetas de cada pago, etc.) derivadas de que el préstamo esté denominado en moneda distinta de la peseta.

b) La forma de entrega del importe del préstamo. Si la entrega se realiza mediante abono en una "cuenta especial" de la que el prestatario no pueda disponer libremente, deberá cumplimentarse obligatoriamente la cláusula 1.^a bis.

1.^a bis. *Cuenta especial.* En esta cláusula se especificará:

a) Las condiciones cuyo cumplimiento deba acreditar el prestatario antes de poder disponer libremente del saldo de dicha cuenta.

b) El plazo para el cumplimiento de dichas condiciones y las facultades resolutorias de la entidad prestamista en caso de que se rebase.

2.^a *Amortización.* La cláusula indicará:

1.^o Las fechas del primer y del último pago de amortización, cuando dichas fechas estén fijadas de antemano.

2.^o El número, periodicidad y cuantía de las cuotas en que se divida la amortización del préstamo, cuando estuvieran fijadas de antemano.

Si se tratara de préstamos en divisas, se especificarán en este apartado las reglas a seguir para la determinación en pesetas de cada cuota.

3.^o Las condiciones para el ejercicio de la facultad de reembolso anticipado, expresándose en particular:

a) Las fechas de ejercicio de dicha facultad.

b) Si se hubiera pactado, la cantidad que con ocasión del reembolso anticipado deba satisfacer el prestatario a la entidad prestamista al ejercer dicha facultad, distinguiendo, en su caso, entre amortizaciones totales y parciales.

c) En caso de reembolso anticipado parcial, la cuantía mínima y el modo concreto en que éste alterará el importe o número de las cuotas de amortización remanentes, indicándose, en su caso, las facultades de elección que se reconozcan al efecto al prestatario.

4.^o Cuando existan, las demás facultades que se reconozcan al prestatario, para alargar o alterar el calendario de amortización, y las condiciones para su ejercicio.

3.^a *Intereses ordinarios.* En esta cláusula se hará constar:

a) El tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo, especificándose si es fijo durante toda la vida del préstamo o si tendrá carácter variable, durante la totalidad o parte de la vida del préstamo.

Si el tipo de interés fuera fijo durante toda la vida del préstamo, se señalará en esta cláusula su valor, expresado en tanto por ciento nominal anual.

Si el tipo de interés pudiera variar en algún período, se especificará con claridad el comienzo de dicho período, cumpliéndose obligatoriamente la cláusula 3.^a bis.

b) La fecha de inicio del devengo de intereses, y su periodicidad y forma de liquidación ordinaria, indicándose la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés anual, el importe absoluto de los intereses devengados.

c) El número de días que se considerará que tiene el año cuando, para el cálculo de los intereses devengados durante períodos inferiores a un año, sea preciso convertir el tipo de interés anual en un tipo de interés diario.

d) Cuando resulte de aplicación, la forma especial de liquidación de intereses del período transitorio durante el cual el prestatario no tenga la plena disponibilidad del importe del préstamo, por no haberse cumplido las condiciones establecidas al efecto.

En este supuesto los intereses se aplicarán exclusivamente a la parte del préstamo sobre la que el prestatario hubiera dispuesto o tuviera la libre disposición, y se entenderán devengados por días.

e) En el caso de préstamo en divisas, las reglas aplicables para el cálculo en pesetas del importe de los intereses.

3.^a bis. *Tipos de interés variable.*

1. Definición del tipo de interés aplicable. Cuando el tipo de interés pueda variar en algún período, se expresará éste de alguna de las siguientes formas:

a) Como suma de:

Un margen constante (positivo, nulo o negativo), expresado en puntos o fracciones de punto.

El tipo de interés de referencia.

b) Como cierto porcentaje de un tipo de interés de referencia.

c) Como suma de:

Un tipo de interés constante.

Un margen variable que será igual a la variación absoluta (positiva, nula o negativa) experimentada, desde cierta fecha establecida en el contrato, por un índice o tipo de interés de referencia.

d) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.

2. Identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia. En lo relativo al tipo de interés o índice de referencia, la cláusula deberá expresar:

a) La definición del mencionado índice o tipo de interés, el organismo público, asociación o entidad privada que lo elabore, y la periodicidad y forma en que se publique o sea susceptible de conocimiento por el prestatario.

b) Cuando el tipo de interés de referencia corresponda a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la del préstamo objeto del contrato (por ejemplo, que el tipo de referencia esté

definido como un tipo efectivo anual y el préstamo tenga pagos mensuales) o incluya conceptos (por ejemplo, comisiones) que estén previstos como concepto independientemente en el préstamo objeto del contrato, se indicará si debe efectuarse algún ajuste o conversión en el tipo de interés de referencia antes de calcular el tipo de interés nominal aplicable, definido según la fórmula descrita en el apartado 1 de esta cláusula 3.^a bis.

En caso afirmativo, se indicará la fórmula o procedimiento del ajuste o conversión que deba efectuarse.

c) El índice o tipo de interés de referencia sustitutivo que deba utilizarse excepcionalmente cuando resulte imposible, por razones ajenas a las partes, la determinación del índice o tipo de interés de referencia designado en primer término.

3. Límites a la variación del tipo de interés aplicable. Cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites:

a) En términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés procentual los citados límites máximo y mínimo.

Esta forma de expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo.

b) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.

4. Umbral mínimo de fluctuación y redondeos del tipo de interés aplicable. Si se pactara un umbral mínimo para la variación del tipo de interés (de forma que éste permanezca inalterado cuando la fluctuación del índice de referencia no alcance, en más o en menos, cierto umbral), se expresará dicho umbral en fracciones de punto.

Si se pactara el redondeo del tipo de interés, se indicarán, en fracciones de punto, los múltiplos a los que se efectuará (por ejemplo, redondeo al más cercano octavo de punto).

5. Comunicación al prestatario del tipo de interés aplicable. La cláusula deberá especificar:

a) La forma en que el prestatario conocerá el tipo de interés aplicable a su préstamo en cada período.

b) Si existe algún procedimiento especial que el prestatario pueda utilizar para reclamar ante la entidad en caso de que dispare el cálculo efectuado del tipo de interés aplicable.

4.^a Comisiones.

1. Comisión de apertura. Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, y otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denomina "comisión de apertura" y se devengará por una sola vez. Su importe,

así como su forma y fecha de liquidación se especificarán en esta cláusula.

En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

2. Otras comisiones y gastos posteriores. Además de la “comisión de apertura”, sólo podrán pactarse a cargo del prestatario:

a) La cantidad que haya de abonar el prestatario con ocasión del reembolso anticipado, conforme a lo estipulado, en su caso, en la cláusula 2.^a

b) Los gastos de la operación mencionados en la cláusula 5.^a, incluidos los correspondientes a servicios prestados directamente por la entidad.

c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 18 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo. En el caso de préstamos en divisas, se incluirán las comisiones de cambio máximas que pudieran resultar aplicables.

Cualesquiera importes periódicos a cargo del prestatario en favor de la entidad se reflejarán necesariamente, de forma implícita, en el tipo de interés ordinario que se hubiera libremente pactado.

4.^a bis. *Tabla de pagos y tipo de interés anual equivalente.* En los préstamos a tipo de interés fijo, se hará constar en esta cláusula:

a) La cuota total que corresponderá satisfacer al prestatario en cada fecha.

b) El coste efectivo de la operación, calculado conforme a las reglas establecidas al efecto por el Banco de España.

5.^a *Gastos a cargo del prestatario.* En esta cláusula se especifican todos aquellos conceptos de gasto futuros o pendientes de pago que sean o se pacten a cargo del prestatario.

Podrán incluirse los siguientes conceptos:

a) Gastos de tasación del inmueble.

b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca.

c) Impuestos.

d) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos.

e) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo.

f) Los derivados del seguro de vida del prestatario, cuando fueran aplicables.

g) Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago.

h) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad de crédito dirigida a la concesión o administración del préstamo.

6.^a *Intereses de demora.* En esta cláusula se especificará:

a) El tipo de interés de demora, expresado sea en forma de tanto por ciento anual, sea añadiendo un margen al tipo de interés de referencia.

b) La base sobre la que se aplicará el interés de demora y su forma de liquidación.

6.^a bis. *Resolución anticipada por la entidad de crédito.* Cuando se pacten expresamente, se indicarán en esta cláusula:

a) Las causas especiales, distintas a las generales previstas en las leyes, que facultan a la entidad prestamista para resolver anticipadamente el contrato de préstamo.

b) El importe de la penalización por resolución anticipada del contrato, cuando ésta se base en el incumplimiento por el prestatario de alguna de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo.»

Hasta aquí las cláusulas financieras a que se refiere el Anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, que he transscrito para una mejor comprensión de cuanto indica la Circular del Banco de España, al conectar los requisitos del referido Anexo con el tema de las subrogaciones que venimos estudiando.

Claro está que en la oferta vinculante no deben transcribirse todas las cláusulas, que éstas, en su caso, ya figuraran en la escritura correspondiente cuando se otorgue. En la oferta deben figurar las «condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras que resulten de aplicación», de entre las que hemos transscrito.

Asimismo, según la norma 6.^a bis.a) de la Circular del Banco de España, la oferta vinculante incluirá, cualquiera que sea la modalidad del tipo de interés, *la tasa anual equivalente* de la operación, calculada conforme a lo dispuesto en los apartados 2.4.a) y 6 de la norma octava si bien, entre los conceptos de coste se incluirá, además, el importe estimado de la comisión de cancelación del préstamos objeto de subrogación.

Por otro lado, con la oferta vinculante, las entidades financieras informarán al cliente del coste efectivo, correspondiente al período remanente, del préstamo en el que proyectan subrogarse. Este cálculo se realizará conforme a lo dispuesto en los mencionados apartados 2.4.a) y 6 de la norma octava, si bien se tomarán en cuenta exclusivamente aquellos conceptos de coste que quedarían por pagar si la operación siguiera su curso normal [cfr. norma 6.^a bis.a) de la Circular].

Siguiendo con el estudio de la oferta vinculante, diremos que para que la operación siga adelante por los cauces de la Ley 2/1994, deberá ser aceptada por el deudor.

Como quiera que tal aceptación abrirá el camino a una serie de trámites que suponen dedicación en el tiempo y gastos, a efectos probatorios entiendo que, como mínimo, conviene que dicho escrito sea firmado por el deudor y, si es persona física, por las personas que en su caso deben prestar su consentimiento a la subrogación (por ejemplo, cónyuge en su caso). En el supuesto de persona sujeta a tutela, la aceptación deberá hacerla el tutor, pero entiendo que tratándose esta subrogación de acto sujeto a inscripción (art. 271.2.^º Código civil) precisará de autorización judicial. El testimonio de tal autorización puede ser conveniente tenerlo ya en este momento.

«La aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente se la notifique a la entidad acreedora y la requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar», dice el art. 2.^º, párrafo 2.^º, inciso segundo de la ley.

Aquí, pese a haber concurso de oferta y aceptación, no hay todavía perfección del contrato de préstamo (dada su naturaleza de contrato real que se perfecciona con la entrega del dinero). Por otro lado, si lo hubiera, sería un extraño modo de fomento del incumplimiento el que la propia ley establece en el propio art. 2.^º, párrafo tercero, al permitir que ese deudor que aceptó la oferta vinculante, pueda desligarse sin consecuencias económicas perjudiciales, pactando con el antiguo acreedor la novación modificativa del préstamo hipotecario. Y es que «vinculante» es la oferta. Pero, para la ley, no lo es la aceptación, al menos en esta fase de la operación. No nos extrañemos, quizás el error se halle en la expresión «oferta», que podría haberse sustituido por «propuesta», o «proyecto». No le doy mucha importancia a esto. En todos los préstamos que se otorgan y, concretándonos a los que pueden ser materia de nuestro estudio, en todos los préstamos hipotecarios, aun sin subrogación, es decir, aun fuera del ámbito de la Ley 2/1994, antes del otorgamiento hay una tácita aceptación de las condiciones del préstamo que luego se va firmar. No se va a ciegas a la firma de la escritura (anécdotas aparte). ¿Cuántas veces en el momento del otorgamiento, al oír las explicaciones del Notario autorizante, se ha dejado de firmar la escritura? No diré que muchas veces, ésa es la verdad, pero aun siendo contados los casos, no conozco ninguno en que el banco o la entidad de crédito hayan considerado producida una ruptura de contrato reaccionando en consecuencia, por los medios jurídicos, contra el cliente.

Para que no haya duda el propio precepto señala los efectos de la aceptación de la oferta vinculante: la autorización para que

la ofrente haga la notificación a que se refiere el precepto antes transscrito del art. 2.^º

La firma del cliente aceptando la oferta vinculante, va dirigida, o está pensada, en esta fase, más en relación con el antiguo acreedor que en relación al nuevo.

B. NOTIFICACIÓN A LA ENTIDAD ACREEDORA

Es el siguiente paso. La aceptación de la oferta por el deudor implica ya de por sí su autorización para que la oferente se la notifique a la entidad acreedora.

Se trata de una notificación y un requerimiento. La oferente debe comunicar a la acreedora los términos de la oferta aceptada. Y requeriría a la misma para que le entregue (a la oferente), en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar.

Esto supone resolver previamente algunas dudas:

a) *A quién y dónde se efectuará*

En principio la contestación parece sencilla: debe notificarse a la entidad acreedora que concedió el préstamo en el que ahora va a quedar subrogada la entidad notificante, y en el domicilio de la misma. Que luego esta notificación vaya o no vaya a parar a manos de la persona o personas que en la entidad tengan competencia para ello, o que se pierda entre los demás papeles de dicha entidad es problema de ésta, no de la entidad notificante.

Ahora bien, aunque desprovistas de todo valor científico, permítaseme hacer algunas consideraciones de orden práctico. Si se tiene en cuenta la actual complejidad de algunas entidades de crédito, a veces resultará que la mejor manera de que no se entere quien deba enterarse es dirigir la notificación al domicilio legal de la entidad acreedora sin más especificaciones. Ciento que como antes he expuesto no es problema de la notificante sino de la entidad destinataria de la notificación. Pero no se olvide que a la entidad que va a quedar subrogada, le interesa una solución práctica, porque prefiere la cooperación de la entidad notificada, es decir, que la notificación surta un efecto práctico y pueda recibir la certificación que se demanda, más que una solución estrictamente legal pero sin eficacia práctica.

Esto supuesto creo que de la consideración de la finalidad que se persigue y del pago que se pretende, la notificación deberá dirigirse a la entidad acreedora, ciertamente, pero en la oficina en donde se hubiesen domiciliado los pagos de las amortizaciones y

de los intereses del préstamo que ahora va a ser objeto de subrogación.

El buen sentido aconsejará en cada caso si será necesaria alguna especificación más. Por ejemplo, si los pagos se han domiciliado en una agencia urbana del banco acreedor, bastará se dirija la notificación a la referida agencia, a la atención del director. Pero si los pagos se han domiciliado en la oficina principal del banco, es aconsejable que la notificación se dirija a tal Oficina Principal, pero especificando el departamento que dentro de dicha Oficina principal tenga las riendas de la tarea de certificar acerca del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar.

b) *Conducto para la práctica de la notificación*

Será válida la notificación que se practique por cualquier medio hábil en Derecho. Pero téngase en cuenta la conveniencia de disponer en su caso ulteriormente de un medio de prueba que sea relativamente cómodo. Por eso veamos ahora esos «medios hábiles en Derecho», en función de la ulterior probanza.

Obviamente dependerá fundamentalmente de que exista o no exista un espíritu de cooperación entre las entidades financieras implicadas en estas operaciones.

Si se piensa que la cooperación brillará por su ausencia, lo recomendable será la notificación notarial.

Si, competencia aparte, se mantienen las reglas de colaboración, creo que podría emplearse el fax.

Caso de no ser posible, podría encargarse al propio cliente que entregase la notificación, siempre que fuese acompañada de un duplicado en donde la entidad acreedora notificada, firmara el correspondiente recibí consignando la fecha en que se ha producido. Pero ¿se va a involucrar al cliente que quiere cambiar de acreedor, para que vaya justamente a las oficinas de tal entidad acreedora?

El envío por mensajero, o por un «propio», podría también ser aceptable (también consignando en el oportuno duplicado el recibí con la fecha en que se produce y la firma), pero no parece —según mis sondeos— que sea una fórmula que guste.

Ahora bien, una vez experimentado que tales medios no producen el resultado apetecido tendríamos que volver a la notificación notarial. Piénsese de otro modo en los inconvenientes que pueden presentarse al Banco notificante ante una falta de autenticidad en puntos claves previos a la operación.

c) *Contenido de la notificación*

Debe ser la oferta vinculante aceptada por el deudor y firmada por éste. Deberá acompañarse del requerimiento a la entidad acreedora para que entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar.

En el escrito conviene que se detalle con precisión, el nombre y dirección de la oficina bancaria a la que debe remitirse tal certificación, con especificación, en su caso, del departamento a cuya atención debe producirse el envío. Con esto se trata de evitar que tal certificación sea entregada, en su caso, con o sin intención, a una oficina del Banco notificante en donde pueda dormir el sueño de los justos.

C. CERTIFICACIÓN DE LA ENTIDAD ACREEDORA

La entidad acreedora deberá entregar a la notificante o requirierte en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar el notificante o requirierte.

El plazo de siete días se cuenta desde que la acreedora recibió la notificación por cualquier medio, hasta «que le entregue» la certificación a la entidad notificante.

¿Cómo debe «entregar» tal certificación a la entidad notificante? También aquí contestaré que por cualquier medio hábil en Derecho.

¿Valdrá una «puesta a disposición» en la propia oficina de la entidad acreedora?

La ley no habla de «pondrá a disposición», sino de entrega. Pero yo me pregunto si una «puesta a disposición» no es una manera de entregar la cosa, en este caso la certificación. Claro está que al menos deberá la antigua acreedora notificar a la entidad que se va a subrogar, que la certificación está a su disposición.

Lo deseable para la entidad notificante es que la entregue en la misma oficina de donde partió la notificación. Quiero decir en el domicilio señalado por el notificante como propio a estos efectos. Pero también lo deseable para la acreedora es que vayan a recogerla en sus propias oficinas.

¿Podría el propio cliente deudor recibir tal certificación en el domicilio u oficinas de la acreedora? No veo inconveniente en que así fuera siempre que en la certificación (por ejemplo al pie o al margen) se consignase la fecha de entrega. Repito que no veo inconveniente en ello. El Banco o entidad que va a quedar subrogado es ciertamente quien requiere la entrega. Pero tal re-

querimiento según está redactado el art. 2.II, parece que lo hace tal entidad por encargo (autorización) del cliente deudor, es decir, se trata de un mandatario, y no veo obstáculo en que el propio deudor reciba la certificación, si bien, debe consignarse en ésta la fecha de la entrega, porque tal fecha es el punto de arranque (*dies a quo*) del plazo para ejercicio del derecho a enervar la subrogación a que se refiere el art. 2.III.

Pero valen también aquí las consideraciones hechas antes acerca de lo poco recomendable que pueda ser involucrar al cliente en esta materia.

Y claro está que en lugar del cliente puede personarse el propio Banco por medio de uno de sus empleados, a la recepción de la certificación, consignando en ésta la fecha de la entrega.

D. QUE TRANSCURRAN QUINCE DÍAS NATURALES DESDE LA ENTREGA DE LA CERTIFICACIÓN SIN QUE POR LA ENTIDAD ACREDORA SE HAYA FORMALIZADO CON EL DEUDOR NOVACIÓN MODIFICATIVA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

La entidad acreedora, en efecto, según el art. 2.^ºIV, de la Ley 2/1994, tendrá derecho a enervar la subrogación pretendida si durante el referido plazo formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario.

Esta novación requiere el consentimiento del deudor. De modo que si llegado este momento el deudor persiste en el cambio de acreedor, entiendo que nada podrá hacer la entidad acreedora. Porque, no es que ésta pueda decidir por su sola voluntad en la novación. Se enerva la subrogación, no porque la acreedora manifieste su voluntad de novar, sino formalizando con el deudor la novación modificativa del préstamo hipotecario. Y si éste no quiere puede seguir adelante la subrogación.

Evidentemente si llega a tal acuerdo con el deudor y formaliza la novación, ahí termina, frustrándose, la operación de subrogación.

Pero si no se formaliza la novación dentro del referido plazo, la subrogación puede seguir adelante cumpliéndose los demás requisitos que a continuación vamos a examinar.

E. ¿PAGO PREVIO A LA ESCRITURA?

Podría parecer, con una lectura rápida, que la ley exige que tal pago sea anterior a la escritura puesto que ésta debe recoger la manifestación de la subrogada de haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta, por capital pendiente e intereses y comisiones devengadas y no satisfechas, y deberá incorporarse

a la escritura un «resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria».

Si esto fuera así, parece que surgiría una contradicción con lo dispuesto en el art. 2.^º-I, en donde el mecanismo de esta subrogación descansa en la previa recepción del dinero a préstamo por el deudor, con el cual paga éste a la acreedora. Pensar que el Banco va a entregar la cantidad prestada antes de la firma de la escritura sería una pura ingenuidad. Pero además sería un posible vehículo de fraude de acreedores intermedios, según hemos visto al estudiar el art. 1.211 del Código civil en la primera parte de este trabajo.

Sobre este presupuesto si el propio deudor adelanta el dinero y paga al acreedor produciría la extinción de la deuda, y si el que paga antes fuese el Banco (hipótesis también descartable en la práctica) se produciría, o podría producirse, una subrogación por pago, pero no una subrogación de las previstas en el art. 1.211 del Código civil, y ahora en este caso concreto, no sería una subrogación de las previstas en la Ley 2/1994.

Pero veamos con más detenimiento la práctica de la operación: En la escritura en las cláusulas «previas» o expositivas se recogerá la manifestación de que el dinero del préstamo tiene por destino el pago de la deuda con subrogación del actual banco prestamista.

Después en la cláusula que hace referencia a la entrega de la cantidad prestada (al prestatario), tras manifestar que se ha producido dicha entrega, con estas o parecidas palabras deberá indicarse que el prestatario autoriza expresamente al Banco para que destine su importe al pago de la deuda, identificando ésta. Siguiendo tales instrucciones el Banco realiza en este acto el pago mediante transferencia (en la que se indicará su finalidad solutoria) al Banco X, Oficina X, de conformidad con los términos de la notificación y ajustándose a las cifras de la certificación. Un ejemplar de la notificación y otro de la certificación conviene unir a la escritura. El resguardo de la transferencia en todo caso deberá quedar unido a la escritura.

4. Supuesto de falta de colaboración de la entidad acreedora

Lo contempla el art. 2.^º-IV. Se trata de la hipótesis en que la entidad acreedora no hubiese comunicado la cantidad acreditada o se negase por cualquier causa a admitir su pago.

La disyuntiva no es muy clara habida cuenta de que para tales casos la solución del precepto es la de que la entidad subrogada «la calcule (la cantidad acreditada) bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor, y, tras manifestarlo, deposite dicha suma en poder del

notario autorizante de la escritura de subrogación, a disposición de la entidad acreedora». Digo que no es muy clara, porque ese cálculo tiene sentido cuando la falta de colaboración haya consistido en la falta de comunicación de la cantidad acreditada. Pero no cuando sólo se trate de negativa a admitir el pago («no hubiese comunicado... o se negase... a admitir el pago», dice el precepto).

Parece que esta última hipótesis no encaja bien en el esquema de la operación tal como la diseña la ley y no debe originar la consecuencia total antes indicada ya que en ella se sabrá cuál es ya la cantidad acreditada, y a lo sumo lo que podría admitirse es la segunda parte de la misma: el depósito de la cantidad ante notario. Pero incluso esa misma negativa a admitir el pago cuando se ha remitido la certificación, debe ser inadmisible si no hay error en las cifras.

En tales casos «el notario notificará de oficio a la entidad acreedora, mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquélla alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes». Y «en este caso —sigue diciendo el art. 2.^º-V— y sin perjuicio de que la subrogación surta todos sus efectos, el juez que fuese competente para entender del procedimiento de ejecución, a petición de la entidad acreedora o de la entidad subrogada, citará a éstas, dentro del término de ocho días, a una comparecencia, y, después de oírlas, admitirá los documentos que se presenten, y acordará dentro de los tres días, lo que estima procedente. El auto que dicte será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes».

Realmente, cuando la resistencia del acreedor consista en su negativa a la aceptación del pago, o sea, a recibir la cantidad adeudada cuando coincide con la que él mismo ha señalado en la certificación, no debería precisar el trámite que señala este precepto. Creo que sería bastante con la oferta de pago seguida de consignación. Téngase en cuenta que para que la subrogación se produzca no es necesario que concurra la voluntad del acreedor. La subrogación opera sin ésta y aún contra su voluntad. Ciento que la consignación debe ser de toda la cantidad debida. Y lo que puede ofrecer dudas es el *quantum* de lo debido. Pero, por eso limitamos esta solución a la hipótesis en que habiéndose remitido la oportuna certificación, se negase después el antiguo acreedor a aceptar el pago.

5. Escritura de préstamo con subrogación. Escritura complementaria en su caso

Ya venimos haciendo referencia a la escritura que tiene que otorgarse por el Banco que ha de quedar subrogado y el deudor subrogante.

Parece que esta escritura deberá recoger, por supuesto, el destino o finalidad del préstamo, la entrega de la cantidad prestada, y el pago al acreedor, en primer lugar.

Y en segundo lugar, la subrogación producida, y la mejora de las condiciones del tipo. Según el art. 4.^º «en la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado vigente».

Hasta aquí, lo que se puede y aun se debe recoger en la escritura si es que se quiere gozar de los beneficios fiscales del art. 7.^º

Cualquier otro beneficio o mejora que no se refiera a las condiciones del tipo, y que se quiera pactar, es conveniente llevarlo a otra escritura por las razones fiscales antes indicadas. Según qué clase de beneficios o mejoras se quieran añadir, se verá caso por caso su trascendencia tributaria para seguir adelante o contentarse con la escritura de subrogación.

6. Constancia registral de la subrogación

Tendrá lugar, según el art. 5.^º, por medio de nota marginal. Dicho precepto ordena que «el hecho de la subrogación no surtirá efecto contra terceros, si no se hace constar en el Registro por medio de una nota marginal que expresará las circunstancias siguientes...».

Y en el último párrafo del artículo afirma que «bastará para que el registrador practique la inscripción de la subrogación que la escritura cumpla lo dispuesto en el art. 2.^º de esta Ley, aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor. No serán objeto de nueva calificación las cláusulas inscritas del préstamo hipotecario que no se modifiquen. El registrador no podrá exigir la presentación del título de crédito».

Destaca en este art. que diga que bastará que la escritura cumpla lo dispuesto en el art. 2.^º, para que pueda ser inscrita aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor. ¡Pero esta notificación se halla establecida en el art. 2.^º como requisito o trámite a seguir en el supuesto que estamos estudiando!

Parece, por tanto, que admite la posibilidad de una escritura de préstamo con subrogación en la que no se haga referencia a

la práctica (ya realizada) de la notificación. Lo que no quiere decir que no haya de producirse.

¿Se referirá a la notificación de la firma de la escritura?

De las dos notificaciones que se contemplan en el art. 2.^º, y en general en toda la ley, una se refiere a la notificación de la oferta vinculante aceptada por el deudor (art. 2.^ºII): y la otra se refiere a la notificación de la estructura de subrogación (o mejor dicho escritura de préstamo y subrogación) (art. 2.^ºIV).

La notificación de la escritura de subrogación al primitivo acreedor parece preverla la ley en su art. 2.^ºIV *in fine* sólo para la hipótesis contemplada en el párrafo cuarto de dicho art. 2.^º, es decir, cuando por no haber remitido el primitivo acreedor la certificación relativa al importe del débito, a la entidad que se va a subrogar, dentro del plazo previsto en el art. 2.^ºII (o según el precepto cuando la acreedora se negase por cualquier causa a admitir su pago) lo hubiese calculado la entidad subrogada, y depositado dicha suma en poder del notario autorizante de la escritura de subrogación, a disposición de la entidad acreedora. «A tal fin (es decir, a fin de que llegue a conocimiento de la entidad acreedora que se halla a su disposición la referida suma) el notario notificará de oficio a la entidad acreedora, mediante remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación...», etc., teniendo en tales casos la acreedora la posibilidad de alegar error en la misma forma en el plazo de ocho días y con las consecuencias que antes hemos visto y que se regulan en el último párrafo del art. 2.^º

Fuera de la referida notificación de la escritura, no hay luego otra mención. Y si con carácter general en el art. 5.^º, último párrafo, que es el que estamos analizando en este momento, una referencia a «la notificación al primitivo acreedor».

Pues bien, no creo que «la notificación al primitivo acreedor» a que se alude en el art. 5.^º pueda ser la notificación de la oferta vinculante aceptada. Esta forma parte del procedimiento previo al otorgamiento de la escritura en la que el Banco subrogado formalizará el préstamo y subrogación, y no parece que pueda prescindirse de la misma. Por otro lado, de la letra del propio art. 5.^º, párrafo último, parece deducirse que no se trata de dispensar en absoluto de la práctica de dicha notificación, ya que el precepto dice «aunque no se haya realizado aún la notificación». El adversario «aún» denota que no se excluye la práctica de tal notificación después de la constatación registral de la subrogación, aunque pueda practicarse en momento ulterior. Y esto sólo puede ocurrir con la notificación de la escritura, cuando ya todo el proceso subrogatorio se halla ultimado, a reserva en la hipótesis del art. 2.^ºIV, de la decisión judicial sobre el posible error que se haya padecido.

Concretada, en mi entender a la notificación de la escritura de subrogación, podemos distinguir la siguiente disyuntiva:

O se refiere al requisito de la notificación de la escritura a los efectos de que la entidad acreedora tuviese conocimiento de la puesta a su disposición de la cantidad debitada por el deudor según cálculo de la entidad subrogada, a que se refiere el art. 2.^ºIV. No olvidemos que la «puesta a disposición» es un pago (que podrá no ser aceptado).

O se refiere a una hipotética notificación de la escritura que se practique a instancia del Banco subrogado una vez que se haya otorgado dicha escritura para un cabal conocimiento del primitivo acreedor, y que tanto comprende el caso del párrafo anterior, como cualquiera otro distinto en que no concurran las circunstancias del mismo.

Dado que se trata de no exigir la notificación para la práctica de la nota marginal en el Registro de la propiedad y no de imponer un requisito, creo que debe entenderse uno y otro caso. Ni la falta de notificación de la escritura a los efectos del art. 2.^ºIV, ni la falta de la notificación que, aun sin exigirlo expresamente la ley, pueda entenderse que debe hacerse en los demás casos, a efectos de conocimiento del primitivo acreedor, ni en un caso ni en el otro, pueden enervar la práctica de la nota marginal.

Pero ya supuesto lo que afirmamos, y en el segundo caso indicado (casos generales distintos a los del art. 2.^º-IV), ¿debe notificarse la escritura de subrogación una vez otorgada?

Entiendo que no, puesto que ningún precepto lo impone. Lo impone en el supuesto de resistencia del acreedor primitivo, en el art. 2.^º-IV, según hemos visto. Pero, cuando el acreedor primitivo entrega la certificación relativa al importe del débito, y la entidad subrogada paga al mismo el total reclamado, la ley guarda silencio, y ante tal silencio de la ley, no parece pueda imponerse una obligación de notificar el contenido de la escritura, y por otro lado, no veo yo qué interés pueda tener el acreedor primitivo, ya reintegrado de cuanto se le debía, en recibir *en todos los casos* una notificación mediante remisión de la escritura otorgada de préstamo y subrogación. Todo ello sin perjuicio de que pueda solicitar copia en los casos en que les interese.

V. OTROS DETALLES DEL REGIMEN DE LA SUBROGACION EN LA LEY 2/1994

1. ¿Se puede pactar una modificación del plazo de duración del préstamo en la propia escritura de préstamo con subrogación?

Aclaro que la pregunta debe ser completada con la siguiente matización: ¿conservando los beneficios fiscales y demás reconocidos en la ley? Porque es claro en todo caso en que, pagando

los impuestos y gastos que procedan, ambas partes se pongan de acuerdo en prolongar o recortar el plazo de duración del préstamo, ninguna objeción puede hacerse a tal decisión.

La ley favorece la bajada de tipos con la medida de eliminar o rebajar unos impuestos y gastos, en definitiva el coste de la operación. Y esta bajada de tipos anunciada como finalidad de la norma, favorece la política de bajada de tipos de interés que, por otro lado, ayudará también al cumplimiento de los compromisos políticos asumidos por España (véase art. 4.^º del Protocolo sobre los criterios de convergencia previstos en el art. 109.J del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Protocolo anexo al Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992). Y ahí se detuvo el legislador.

La Exposición de Motivos hace referencia a situaciones análogas producidas en tiempos pretéritos históricamente reiteradas, y ello es cierto. Pero también históricamente se ha producido con la modificación del tipo de interés una alteración del plazo. Sólo que éste ahora no interesa, o simplemente se ha olvidado el legislador, preocupado sin duda por una política de rebaja de tipos de interés.

A mí no se me alcanza el porqué de la limitación impuesta en el art. 4.^º al reducir el pacto exclusivamente a «la mejora de las condiciones del tipo de interés...». Pero así es. Y frente a tal norma, el pacto relativo a la alteración del plazo, traerá como consecuencia la pérdida de los beneficios fiscales y demás concedidos. Sobre todo si se compara este precepto del art. 4.^º con el del art. 9.^º relativo a la que la ley llama «novación modificativa de préstamos hipotecarios», en el que, ahí sí, expresamente se indica que «conjuntamente con esta mejora (la de las condiciones del tipo de interés), se podrá pactar la alteración del plazo». Y es que aquí no hay competencia, aquí la operación se prepara entre acreedor hipotecario y deudor. Aquí expresamente se permite la alteración del plazo. Pero cuando está interesada otra entidad, y entra en juego la competencia, lo que se favorece es la bajada de tipos.

Así pues, en tema de alteración de plazo cabe distinguir:

A) EN LA SUBROGACIÓN

Cabe subdistinguir:

a) *Al amparo del art. 1.211 del Código civil*

Recordemos su texto: «El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar

su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada.»

Este precepto no ha quedado derogado por la Ley 2/1994. Es por tanto posible que el deudor negocie la operación con el banco o entidad que va a quedar subrogada, con plena libertad sin las limitaciones de la Ley 2/1994, pero, eso sí, con préstamo (y subrogación) y además *carta de pago* en los términos del art. que acabamos de transcribir, y según lo hemos estudiado en la primera parte de este trabajo: es decir, haciendo constar en el préstamo el destino de la cantidad prestada para el pago de la concreta deuda, y otorgándose la carta de pago por el acreedor con expresión de la procedencia de la cantidad pagada. Además, es importante destacar que en este caso no serán de aplicación los beneficios fiscales y arancelarios que por el contrario sí tendría si se aplicase la Ley 2/1994. Lo que restará mucho interés a esta solución por ser más costosa.

Existe una limitación en cuanto a la comisión de amortización anticipada, cuando se trata de una de las entidades financieras a que se refiere el art. 2.^º de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario, por aplicación de la Disposición Adicional 1.^a de la Ley 2/1994, según la cual «en los préstamos hipotecarios a interés variable, a que se refiere el art. 1.^º de esta Ley, la entidad acreedora no podrá percibir por comisión de amortización anticipada *no subrogatoria* más del 1 por 100 del capital que se amortiza aunque estuviese pactada una comisión mayor». Esta norma es de aplicación cuando no se produzca subrogación, y tratándose de una de las entidades antes referidas.

Pero es dudoso que tratándose de una subrogación al amparo del 1.211 del Código civil se pueda aplicar. En el caso de que el negocio se pactara a la sombra del art. 1.211 se produce una subrogación. Si se quisiera esta limitación, la norma aplicable sería la del art. 3.^º de la Ley 2/1994. Pero por hipótesis estamos tratando de una operación que se trata de llevar al ámbito del Código civil, art. 1.211 y no a la Ley 2/1994. La norma de la Disposición Adicional 1.^a tiene ya una aplicación más general aunque en cierto modo concretada a las entidades a que se refiere el art. 1.^º de la Ley 2/1981. Y por otro lado contempla un supuesto que no es el del art. 1.211, ya que en éste se parte de la base de que hay subrogación.

b) *Al amparo de la Ley 2/1994*

No es posible la alteración, mejor dicho, no es compatible la alteración del plazo con la eliminación de la carta de pago y el goce de los beneficios fiscales y demás concedidos por la ley. En definitiva, no es posible la alteración de plazo y la aplicación al mismo tiempo de la Ley 2/1994. Si se altera el plazo, habrá

que acudir, según hemos visto, a la norma del art. 1.211 del Código civil, y aplicar tal precepto con todas sus consecuencias.

B) EN LA LLAMADA NOVACIÓN MODIFICATIVA⁴

Es posible la alteración subsistiendo con ella los beneficios de todo orden que concede la ley.

Ahora bien, recuérdese que conforme al art. 1.861 del Código civil, «la prórroga concedida al deudor por el acreedor, sin el consentimiento del fiador extingue la fianza». Por ello, es recomendable que en los casos frecuentes en que además de la hipoteca se pacta una fianza, se estipule en cuanto a ésta que la fianza subsistirá aun cuando se conceda una prórroga del plazo al deudor. En otro caso, y de no concurrir también a la firma de la escritura el fiador, la fianza quedaría extinguida por aplicación del citado art. 1.851 del Código civil.

En cuanto a la hipoteca, téngase en cuenta respecto a posibles segundas hipotecas, posteriores a la que estamos considerando, anteriores sin embargo a la prórroga que ahora se concede, que esta prórroga no será oponible frente a los titulares de tales segundas hipotecas.

2. ¿Se podría alterar el plazo en escritura posterior?

Se trata de conseguir el efecto de la alteración del plazo, gozando de los beneficios legales, todo ello en una operación de subrogación, pero llevada a cabo en dos fases: 1.^a préstamo y subrogación rebajando las condiciones del tipo. 2.^a Alteración del plazo.

Creo que si tal operación se efectuara en las dos fases así definidas, la consecuencia sería que para la segunda no existirían los beneficios ni del art. 7.^º, ni del 9.^º de la ley. Para la primera fase, evidentemente se obtendrían los beneficios (art. 7.^º). Mas para la segunda fase (modificación simple del préstamo) no po-

⁴ Digo «llamada novación modificativa». Obsérvese que lo que se da en el caso que contempla el art. 9.^º es una modificación simple de la relación obligatoria con pervivencia de efectos, figura que tiene propia autonomía respecto de la novación, según DÍEZ PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 800). Como dice el profesor DÍEZ-PICAZO «la figura de la modificación de la relación obligatoria cobra en sí misma una evidente autonomía y... para esclarecer el panorama deben invertirse los términos tradicionales. En lugar de hablar de una novación extintiva y de una novación modificativa, debe hablarse de una modificación simple con pervivencia de efectos y de una modificación extintiva con total sustitución de la reglamentación o del sistema de organización de intereses establecidos por las partes».

drían obtenerse los del art. 7.^º, ya que la hipótesis de la norma es distinta, ni los del art. 9.^º, puesto que el precepto exige que se produzca la rebaja de las condiciones del tipo conjuntamente con la alteración del plazo.

Pero hay una posibilidad de preparar la operación acomodándola a los preceptos indicados, en dos fases también:

1.^a Fase. Se prepara la operación en base a una rebaja de las condiciones del tipo, pero sin agotar la rebaja total prevista. Por ejemplo, si se proyecta una rebaja total de cuatro puntos, en la primera fase se rebajan tres. Aquí en esta fase se produciría, con la rebaja de las condiciones del tipo, la subrogación.

2.^a Fase. Una vez producida la subrogación, se otorga una escritura de modificación simple del préstamo (la llamada por la ley «novación modificativa») concurriendo tan sólo el nuevo acreedor y el deudor. En la escritura se rebajaría el tipo en un punto, y conjuntamente con esta mejora se pactaría la prolongación del plazo de duración del préstamo.

Vale, sin embargo, lo que hemos dicho antes respecto a las consecuencias de la prórroga.

3. La comisión por amortización anticipada

La ley establece unas limitaciones en la cuantía a percibir por la entidad acreedora en el supuesto que estamos examinando, es decir, en las subrogaciones que se produzcan en los préstamos hipotecarios, *pero sólo cuando el préstamo es a interés variable*. *Cuando el préstamo es a interés fijo* no existen tales limitaciones.

«En las subrogaciones que se produzcan en los préstamos hipotecarios, a interés variable, referidos en el art. 1.^º de esta Ley —dice el art. 3.^º— la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de comisión por la amortización anticipada de su crédito, se calculará sobre el capital pendiente de amortizar, de conformidad con las siguientes reglas: ...»

Por tanto la norma se refiere a los préstamos a interés variable. La propia Exposición de Motivos explica la razón de ser del trato diferente entre unos y otros préstamos. «El art. 3.^º —dice— limita la cuantía de la cantidad a percibir por la entidad acreedora, en concepto de comisión por la amortización anticipada de su crédito, *en los préstamos a interés variable*. La razón de esta reducción estriba en que en esta modalidad de préstamos, a diferencia de lo que ocurre en los préstamos a tipo fijo, el acreedor asume habitualmente un escaso riesgo financiero, lo que asemeja en este caso dicha comisión de cancelación a una pena por desistimiento. Y como toda pena es siempre equitativamente moderable por los Tribunales, según el art. 1.154 del Código civil, resulta lógico concluir que esta moderación pueda efectuarse también por ley,

muy especialmente en momentos de crisis económica y tratándose de *contratos en masa de ejecución sucesiva y de larga duración*, en los que el consumidor se ha adherido a un texto contractual pre establecido por la entidad de crédito. Y no cabe objetar que esta limitación implique una injerencia de la Administración en el libre funcionamiento del mercado, pues no es otra cosa sino una mejora del sistema jurídico-institucional, para adecuar la ordenación del mercado a las necesidades de cada momento. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se tiene en cuenta ponderadamente la repercusión que el pago anticipado pueda acarrear a la entidad de crédito moderando su cuantía al fijar un porcentaje significativo en los préstamos a interés variable. A estos efectos se entenderá como préstamo de interés variable aquel que modifica su tipo de interés en el transcurso de su periodo de amortización.

Hastas aquí la Exposición de Motivos de la ley. He subrayado las últimas líneas porque la idea o el concepto que lanzan es una más de las numerosas dudas que esta ley plantea.

Lo que pasa es que tal idea o concepto no se halla en los preceptos de la ley, sino en el preámbulo de ésta, al exponer los motivos que han inducido a su promulgación, y por tanto hay que considerar esas palabras subrayadas como una opinión, pero no como una norma preceptiva.

De todos modos ¿Qué quiere decir «aquel que modifica su tipo de interés en el transcurso de su periodo de amortización»?

No me parece acertado entender que un préstamo a interés fijo, y que sigue así en el transcurso de su periodo de amortización, pasa a ser variable cuando se modifica el tipo pero continúa siendo fijo.

Por el contrario, un préstamo nacido con interés fijo, si, por pacto entre la entidad acreedora y el prestatario, o en virtud de ejercicio de la facultad que se le concede al deudor cuando en el préstamo se ha incluido una cláusula optativa en cuanto a la modalidad de interés, pasa a partir de un determinado momento a indicarse, bien por referencia al precio del dinero en un concreto mercado (por ejemplo Mibor), o con relación a los tipos medios de interés que declaren (y publiquen) ciertas entidades, en este caso el préstamo que nació a interés fijo, pasa a ser un préstamo a interés variable.

Es decir, que lo que se modifica en este ejemplo es el sistema de determinación del tipo de interés. O si se quiere, las «condiciones» con arreglo a las cuales se determina el tipo de interés.

Pero además no quiero pasar en alto la incorrección de las palabras de la Exposición de Motivos en cuanto a la desdichada cita del art. 1.154. Léase este artículo sobre la cláusula penal «el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deu-

dor». Y después de su lectura se comprenderá que no hay lugar en este caso a la aplicación de tal artículo por cuanto no existe, en el mismo, el presupuesto de incumplimiento de la obligación sobre el que está montada la cláusula penal. El prestatario que amortiza el préstamo antes del vencimiento del plazo fijado en el contrato para ello, no está incumpliendo su obligación. O lo hace al amparo de las cláusulas que pactan precisamente la comisión por amortización anticipada, o en uso de la facultad que le concede la ley.

Y en fin, eso de que la limitación que establece la ley no implica una injerencia de la Administración en el libre funcionamiento del mercado, es una opinión muy respetable, pero que no comparto. Podrá ser conveniente a los intereses generales en la actual coyuntura económica, pero no se diga que no hay injerencia. La hay y quizás mayor que cuando se impone o se tratara de imponer una tasa o limitación en otros contratos como en la compraventa o arrendamiento. Porque en este caso, y si recordamos los orígenes del precepto, puede verse una a modo de cesión del crédito del acreedor primitivo, *vellis nollis*, por tanto con carácter forzoso para él lo que recuerda la figura de la expropiación forzosa, sólo que no por su verdadero valor (un crédito hipotecario con alto interés), sino por precio que no se corresponde al mismo, rebajando la comisión de amortización pactada para tal evento. No es de extrañar que se haya apuntado, ya, la posible inconstitucionalidad de la ley, en este punto.

Este supuesto y volviendo al estudio de la comisión de amortización, repetiré que:

En los préstamos a interés fijo no se produce una reducción o limitación en cuanto a las percepciones que por este concepto pueda exigir la primitiva entidad acreedora.

En los préstamos a interés variable, por el contrario, se regula en el art. 3.^º de la ley la cantidad a percibir por la amortización anticipada, que se calculará como ya ha venido siendo usual, sobre el capital pendiente de amortizar, pero ahora con arreglo a las siguientes pautas:

1.^a «*Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión*, no habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto.»

2.^a «*Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 1 por 100*, la comisión a percibir será la pactada.»

3.^a «*En los demás casos*, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1 por 100 cualquiera que sea la que se hubiere pactado.»

No obstante en este último caso, el art. 3.3.^a dispone que «si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias, producido de

forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar aquél. La alegación del daño por la acreedora no impedirá la realización de la subrogación, si concurren las circunstancias establecidas en la presente ley, y sólo dará lugar a que se indemnice, en su momento, la cantidad que corresponda por el daño producido».

Es decir, parece que se refiere al *damnum emergens*, pero no al *lucrum cesans*. Aunque confieso que no se me alcanza cuál puede ser ese «daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias», y producido además en forma directa como consecuencia de la amortización anticipada. En todo caso, tal daño deberá ser probado, incumbiendo la carga de la prueba al acreedor que es quien la alega.

En el supuesto de que la entidad acreedora certificara el importe del débito, sumando al mismo un presunto «daño económico» (de los que el art. 3.3.^a permite reclamar según acabamos de ver). *¿Qué hacer en este caso?*

Puesto que según el art. 3.3.^a la alegación del daño no impedirá la realización de la subrogación, supuesto que se cumplan los demás requisitos, y sólo dará lugar a que se indemnice *en su momento* la cantidad que corresponda por el daño producido, parece lógico entender como posible que de momento se pague la cantidad certificada en concepto de importe del débito, con exclusión de la cantidad reclamada en concepto de daños.

Si el antiguo acreedor rechazara en tal caso el pago creo posible que se proceda en la forma prevista en el art. 2.^º-IV, es decir, que se depositase la suma en poder del notario autorizante de la escritura de subrogación, a disposición de la entidad acreedora. El notario notificará de oficio a la entidad acreedora mediante remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquélla alegar error en la misma forma. Y, en fin, procediendo a continuación en la forma que se prevé en el último párrafo del art. 2.^º, es decir que «sin perjuicio de que la subrogación surta todos sus efectos, el juez que fuese competente para entender del procedimiento de ejecución, a petición de la entidad acreedora o de la entidad subrogada, citará a éstas, dentro del término de ocho días, a una comparecencia, y, después de oírlas admitirá los documentos que se presenten, y acordará, dentro de los tres días, lo que estima procedente. El auto que dicte será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes».

Cierto que en el procedimiento a seguir que señala el art. 2.^º, IV, para el caso de negativa a aceptar el pago, se establece que el acreedor subrogado calcule la cuantía del débito «bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error». Y aquí, por hipótesis, la cuantía del débito, será la resultante de la certificación, exclusión hecha del «plus» del presunto daño, por lo que

en principio parece tratarse de hipótesis distinta que podría conducir a una consignación judicial y no a la entrega de la cantidad al notario.

Pero, no obstante, creo no deben existir grandes dificultades en admitir el mismo procedimiento para el caso que examinamos: si cuando hay que calcular la cantidad porque ésta no ha sido fijada por el antiguo acreedor, se permite que la calcule el nuevo y la consigne en poder del notario, cuando ha mediado certificación, pero seguida después de la negativa a aceptar el pago, bastará, acogiéndose literalmente a la letra de la ley, que ante tal negativa del antiguo acreedor, haga el «cálculo» el nuevo acreedor, y nada le impide que lo haga ajustándose al que ya ha hecho el acreedor anterior. Si, daños presuntos aparte, la cantidad «calculada» coincide con la reclamada por el antiguo acreedor ¿va a negar éste la cifra? Y por otro lado ¿hay algo que impida que el «cálculo» de la cantidad coincida con la reclamada por el acreedor anterior? Parece, por tanto, que la hipótesis que planteamos puede entenderse ajustada a la de la norma de modo que permita solucionar el problema entre acreedores de un modo rápido, aplicando los remedios del art. 2.^º-IV y V y, en consecuencia el acreedor que va a subrogarse pueda depositar la suma calculada en poder del notario, sin necesidad de acudir a la consignación judicial. Pero además en este caso debe entenderse que la operación aquí y a diferencia del supuesto en que la cantidad a depositar sea tan sólo la resultante del cálculo del nuevo acreedor, sin que medie certificación del antiguo o discrepando de la que éste haya reclamado, aquí, repito, no debe entenderse aplicable la regla del art. 2.^º-IV, cuando establece que el cálculo es «bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error». Y ello porque, propiamente, el acreedor subrogado, no ha hecho el cálculo, sino que ha hecho suyo el del antiguo acreedor, y no puede en consecuencia haber padecido, él, un error. Ha sido el antiguo acreedor el que lo ha hecho, y el nuevo no hace más que aceptar la cuantía fijada, aunque sin agregar a ella la cantidad que señala el antiguo acreedor por daños.

4. Supuesto de viviendas de protección oficial

¿Pueden ser aplicadas las normas de la Ley 2/1994 a las viviendas de protección oficial?

No existe en tal ley ningún precepto que excluya de su ámbito de aplicación a estas viviendas. Por tanto, la contestación debe ser en principio afirmativa. Se puede producir la subrogación, al amparo de la Ley 2/1994, aun tratándose de hipoteca que recaiga sobre vivienda de protección oficial.

Pero que sea legalmente posible no quiere decir que en todo caso sea de interés para las entidades de crédito, o para el mismo prestatario. Y si llegáramos a la conclusión de que efectivamente la subrogación carece de interés para prestatarios y acreedores, obviamente la harían inaplicable en la práctica para esta modalidad de bienes.

Creo que es conveniente distinguir varias hipótesis:

A) INTERESES DEL PRÉSTAMO

No hace falta que digamos a estas alturas que la finalidad más importante que se persigue es la de permitir a los prestatarios beneficiarse del descenso generalizado de los tipos de interés a la par que contribuir a esa rebaja, de acuerdo con lo que el poder ejecutivo entiende es lo conveniente en el momento actual.

Pues bien, aun en la hipótesis en que nos encontramos con unos préstamos que tengan o puedan tener tipos legales o superiores a los del mercado, pero en los que al prestatario le cuesta menos que a los demás prestatarios en general, no habrá duda de que en tales casos no se acudirá a la aplicación de los resortes de la Ley 2/1994.

Esta hipótesis se producirá en los préstamos cualificados, y en los préstamos subsidiados que se hayan podido conceder al amparo del Real Decreto 1932 de 20 de diciembre de 1991, sobre medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de viviendas. Según este Real Decreto entre las modalidades de financiación cualificada de las actuaciones protegibles en materia de viviendas figuran los préstamos cualificados concedidos por las entidades de crédito públicas y privadas en el ámbito de los convenios suscritos con el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, y la subsidiación de los préstamos cualificados por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (o por la Comunidad Autónoma respectiva).

En el supuesto de que se trate de préstamos que de un modo u otro se hallan subsidiados, la subsidiación consiste en el abono a la entidad de crédito prestamista con cargo a los presupuestos del MOP la diferencia entre el tipo de interés contratado y el tipo de interés subsidiado, de modo que el banco en la hipótesis planteada antes, cobra en definitiva un tipo de interés que actualmente es más alto que el general de mercado, mientras que el prestatario paga un tipo de interés (el subsidiado) que es más bajo que el de mercado. Al efecto, cada entidad de crédito firmante del convenio remitirá, conforme al convenio, y con la periodicidad pactada, una relación de los préstamos otorgados en el período a que se refiere la declaración, y es después (al mes siguiente) cuando la Comu-

nidad Autónoma le abona (o debe abonar) a la entidad de crédito la subsidiación correspondiente.

En caso de que el tipo de interés contratado tenga carácter variable, la cuantía máxima de la subsidiación será durante cada período subsidiado, la que correspondería a la diferencia existente entre los tipos de interés inicial y subsidiado, pudiendo disminuir, o incluso anularse, si el tipo de interés sin subsidiar contratado aplicable en un período, fuera inferior al tipo inicial contratado.

Para hacernos una idea del tipo de interés diremos que según el art. 14.3 del RD 1932/1991, el tipo de interés subsidiado para los adquirentes, adjudicatarios y promotores para uso propio que reúnan las condiciones del art. 6.⁶ (se refiere a las personas cuyos ingresos ponderados no excedan de 3,5 veces el salario mínimo interprofesional y que no hubieran tenido anteriormente vivienda en propiedad, siempre que las viviendas adquiridas tengan una superficie que no exceda de 70 metros cuadrados útiles) será del 6,5 por 100 anual (art. 14.3), y en los supuestos del art. 19 pueden ser del 5 por 100, y aun del 4 por 100.

En tales casos y mientras dure la subsidiación no es de esperar que el prestatario acuda al préstamo con subrogación que regula la Ley 2/1994, y a tales efectos conviene tener en cuenta que el art. 4.⁹2, determina que la subsidiación se concederá por un período de cinco años salvo en el caso en que el Real Decreto disponga otra cosa (para determinadas modalidades de préstamos), si bien tal período de tiempo podrá ser ampliado sin que en ningún caso la suma de períodos subsidiados exceda del plazo de amortización del préstamo.

Pero si en estos casos no es probable que se acuda a los resortes de la Ley 2/1994, en otros puede interesar. Así en los casos de financiación para adquisición por precio que no exceda por metro cuadrado útil, de los establecidos en el art. 26, de viviendas de protección oficial en segunda o posterior transmisión o adjudicación: y de viviendas libres, usadas o de nueva construcción. En general el tipo subsidiado es el antes señalado del 6,5 por 100 (art. 24.1, en relación con el 14). Pero cuando la vivienda excede de 90 metros cuadrados de superficie útil (sin sobrepasar el tope de 120 metros cuadrados), entonces el tipo subsidiado es del 11 por 100. Este tipo es hoy ya superior a los tipos de mercado. Aquí sí que es probable que el prestatario intente acogerse a la Ley 2/1994.

A salvo lo que se haya estipulado en los convenios que suscriba o haya suscrito el MOP o Comunidad Autónoma con entidades de crédito en los que el tipo de interés será fijado por el Consejo de Ministros [art. 11.b)] (o, según creo, por el Gobierno de la Comunidad Autónoma, en su caso), no me parece dudoso que pueda invocarse para estos préstamos la Ley 2/1994.

Más aún, no es ya que puede aplicarse en su caso la Ley 2/1994 que, repito, puede aplicarse. Lo absurdo sería que no pudiera aplicarse, que se siguieran subsidiando los préstamos a costa en definitiva del contribuyente cuando, por la vía de la autonomía de la voluntad se pudiera lograr un resultado análogo y sin costo para la sociedad. El problema es por tanto de carácter práctico mas que teórico, y en cada caso podrá apreciarse si existen o no dificultades o inconvenientes prácticos para acudir a la subrogación.

B) PROBLEMAS DE EJECUCIÓN

Los problemas de ejecución son los mismos que pueden presentarse en general (aun sin subrogación), para todo préstamo con garantía hipotecaria de una vivienda de protección oficial, y tales problemas pueden presentarse fundamentalmente en cuanto a determinados regímenes de viviendas de protección oficial que exigen:

— para poder ser titular la concurrencia de determinados requisitos;

— y/o un precio tasado para la venta.

Estas exigencias no impiden, ciertamente, la ejecución pero:

— en cuanto al primer supuesto podrían obstaculizarla si se entendiera que impiden la concurrencia a la subasta a personas que no reúnan las condiciones requeridas para acceder a la titularidad de una de estas viviendas. A este respecto no debemos confundir los requisitos para acogerse a los beneficios de una financiación cualificada, de los requisitos para ser titular de una de estas viviendas. Ahora nos interesa esto último. Por regla general cualquier persona, incluso persona jurídica, puede ser titular de la propiedad de una de estas viviendas. Pero tratándose de viviendas de promoción pública sólo podrán ser beneficiarios las personas físicas cuyos ingresos anuales y los de su familia sean inferiores al 25 por 100 del precio de venta de la vivienda.

— Y en cuanto al segundo, precio tasado, es cuestión a tener en cuenta según la suma de responsabilidad garantizada por la hipoteca.

A este respecto la materia queda en cierto modo más simplificada desde el Real Decreto 727 de 14 de mayo de 1993, ya que a partir del mismo habrá que distinguir:

Viviendas de protección oficial de promoción privada acogidas a regímenes anteriores al Real Decreto-ley 31 de 31 de octubre de 1978: el precio de venta en segundas y posteriores transmisiones, será el que acuerden libremente las partes. A estos efectos, también se considerarán segundas transmisiones, las primeras que se realicen a partir de la vigencia del RD 727/1993, cuando las

viviendas se destinaron con anterioridad a arrendamiento o estuvieran ocupadas por quienes las promovieron.

Viviendas de promoción privada acogidas al Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre: Tienen precio tasado. El precio máximo de venta en segundas y posteriores transmisiones será el máximo que corresponda a las viviendas de protección oficial que se califiquen provisionalmente en el año en que tenga lugar el contrato de compraventa, en la correspondiente área geográfica.

Viviendas de promoción pública: Tienen precio tasado.

Pero ¿realmente impiden a tales personas acudir a la subasta?, y ¿realmente el precio tasado en las ventas voluntarias debe también imperar en las ventas forzosas en las que abocan las subastas?

La cuestión es dudosa. En la práctica parece que no hay tales limitaciones, o al menos no se tienen en cuenta.

En todo caso aun acudiendo a la subasta una persona que, según el régimen a que se halle acogida la vivienda no puede ser titular de su propiedad, podría existir la posibilidad de descalificarla o volverla a vender.

Y en el supuesto de viviendas sujetas a precio tasado puede argumentarse que la razón de ser de la limitación que supone el precio tasado no existe en el caso de ejecución para satisfacer al acreedor.

C) CONCLUSIONES RESPECTO A VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL

Para las viviendas no acogidas a préstamos subsidiados, y cuyo régimen permita precio libre, y no restrinja la libertad para acceder a la titularidad de las mismas, creo que la aplicación de la Ley 2/1994 no plantea problemas.

En los demás, como hemos visto, se pueden presentar dudas que hagan aconsejable estudiar caso por caso, según lo antes explicado, y ponderar los inconvenientes o dificultades prácticas que pueden darse al acudir a la subrogación.

Pero no ya los inconvenientes legales, sino los inconvenientes prácticos, o la falta de estímulo para el prestatario en los préstamos subsidiados (y no digamos para la entidad subrogada) y las complicaciones para el banco o entidad de crédito, pueden hacer que, en ese ámbito, la ley quede olvidada.

VI. REGIMEN DE LA MODIFICACION SIMPLE DEL PRESTAMO HIPOTECARIO EN LA LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO

Me estoy refiriendo a la llamada novación modificativa. Ya hemos hecho referencia a esta defectuosa calificación, y explicamos en nota a pie de página el porqué.

Aquí por hipótesis, los sujetos son dos: la entidad acreedora y el deudor.

La regulación es aquí mucho más sencilla que la existente para la subrogación.

Más aún, puede decirse que no hay regulación específica para estos supuestos y sí, tan sólo, una concesión de beneficios fiscales y rebaja de honorarios notariales y registrales, cuando la modificación se contenga dentro de ciertos límites que señala el art. 9.^º y que son los siguientes:

1.^º Que el acreedor sea una de las entidades a que se refiere el art. 1.^º de la ley. Ya hemos visto antes al hablar de la subrogación cuáles eran estas entidades.

2.^º Que la modificación se refiera a la mejora de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente. Conjuntamente con esta mejora —dice el art. 9.^º— se podrá pactar la alteración del plazo.

Esta última es, en cuanto al contenido de la modificación, la diferencia más importante: la alteración del plazo de duración del préstamo, que aquí se hace posible conservando las ventajas fiscales y de honorarios notariales y registrales, en tanto que no existe esa posibilidad en las hipótesis de subrogación.

Por otro lado el procedimiento es más sencillo al no tener que entrar, por razón de esta operación, en el círculo de intereses de otra persona, concretamente de un antiguo acreedor como es el caso de la subrogación.

Quizá por ello, y porque, afortunadamente no ha entrado la ley en la regulación de esta figura, es por lo que en la práctica ha venido a tener desde los primeros momentos de su entrada en vigor, todo el acogimiento favorable que por el contrario le falta a las normas que en la misma ley se ocupan de la subrogación.

Así pues, en esos casos la atención del Notario debe fijarse (aparte de los generales u ordinarios en su actuación), en los siguientes puntos:

Que se trate de una de las entidades a que se refiere el art. 1 de la Ley 2/1994.

Que se trate de una mejora de las condiciones de tipo de interés. Se llevará a cabo por vía de modificación de la escritura de préstamo a que se refiere, al amparo del art. 9.^º de la Ley 2/1994, dando nueva redacción a la estipulación o estipulaciones en las que viniera hasta ahora redactado el interés exigible,

y que en lo sucesivo será la que ahora han acordado acreedor y deudor. En su caso se dará también nueva redacción a la estipulación en que figurase el plazo de duración del préstamo, en la forma también acordada. No entraña por tanto dificultad alguna ni complejidad de ninguna clase.

Ahora bien, en el supuesto de modificación del plazo, para alargarlo en relación con el originariamente pactado, y en defecto de previsión de la Ley 2/1994 sobre este particular, entiendo que tal modificación no afectará a terceros como podrían ser los acreedores hipotecarios posteriores.

VII. TRATAMIENTO FISCAL

Es lo más importante de la regulación contenida en la Ley 2/1994. La ley debía de haberse limitado a este tratamiento fiscal, juntamente quizás con algunos aspectos que, en la aplicación del art. 1.211 pudieran ofrecer dudas, tal como resulta del estudio que hemos hecho en la primera parte de nuestro trabajo.

De conformidad con los arts. 7.^º (para las escrituras de préstamo con subrogación) y 9.^º (para las escrituras de modificación del préstamo) las escrituras que documenten estas operaciones (obviamente de conformidad con los requisitos que establece dicha ley, puesto que los requisitos son condicionantes de la concesión de la exención), estarán exentas del impuesto de transmisiones patrimoniales en su modalidad gradual de actos jurídicos documentados, es decir, del 0,50 por 100 sobre la base liquidable.

La Disposición Adicional tercera de la ley (con redacción poco correcta)⁵, añade un nuevo párrafo al art. 45.I.C) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y actos jurídicos documentados aprobado por el artículo único del Real Decreto legislativo 1/1993, de 20 de septiembre. Como es sabido dicho art. 45.I.C) declara aplicables los beneficios fiscales que para este impuesto se establecen en una serie de disposiciones

⁵ Poco correcta por dos razones:

La primera porque no se añade un número al art. 45.I.C) del Real Decreto legislativo, ya que el Real Decreto legislativo no tiene más que un artículo, artículo único, por el que se aprueba el texto refundido del Impuesto. El art. 45.I.C) es del texto refundido pero no del Real Decreto legislativo que lo aprueba.

La segunda es que el número 23 del art. 45.I.C) de dicho texto refundido ya fue introducido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1994, Ley 21/1993, de 29 de diciembre, Disposición Adicional 27.^º, con la siguiente redacción: «Se añade una disposición vigésima tercera al art. 45.I.C) del Real Decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (he ahí otra cita incorrecta), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, con la siguiente redacción: «23.^a Los Fondos de Garantía de depósitos en establecimientos bancarios, en Cajas de Ahorro...», etc.

Es decir, que deberá entenderse que el número será el 24 y no el 23.

que va enumerando. Ahora le añade el siguiente: «23. La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.»

VIII. HONORARIOS NOTARIALES Y REGISTRALES

La ley impone una rebaja en los aranceles notariales, concretamente en la base de cálculo de los mismos. Es de advertir que ya existía, y sigue existiendo, una rebaja en los aranceles notariales en su aplicación a los préstamos: consiste en una reducción del 25 por 100 contenida en el número 2.2 de los aranceles actualmente en vigor. Lo que hace ahora la ley es:

1. En las subrogaciones

A) Dispone el art. 8.^º que se tomará como base para el cálculo de los honorarios notariales y registrales, la cifra del capital pendiente de amortizar en el momento de la subrogación. Es decir, la que resulte de la certificación que debe entregar la antigua acreedora. No como hasta ahora, y si no existiese tal precepto, que sería, para los aranceles notariales, también la cantidad pendiente de amortizar, pero añadiéndole los intereses, costas y gastos, es decir, en definitiva la total responsabilidad hipotecaria pendiente. Actualmente por tanto: capital pendiente de amortizar. Esa será la base sobre la cual se aplicarán los aranceles.

B) Se entenderá que el documento autorizado contiene un solo concepto.

2. En las modificaciones simples

Según el art. 9.^º-II para el cálculo de los honorarios notariales y registrales se tomará como base la que resulte de aplicar al importe de la responsabilidad hipotecaria vigente el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el interés nuevo.

Aquí se contiene la regulación de dos importantes aspectos:

En primer lugar y en cuanto a la base a diferencia de lo que ocurre con las subrogaciones no se tiene en cuenta el capital sino el importe de la responsabilidad hipotecaria vigente (la pactada originariamente o modificada ulteriormente, pero no cifra de deuda, sino cifra de responsabilidad), es decir, principal, más intereses, costas y gastos.

En segundo lugar, una vez fijada esta suma, se le aplicará el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el nuevo, es decir, al interés que aparezca vigente, se le restará el nuevo,

y la resta será el diferencial. Esta resta fijada en tanto por ciento será la que se aplicará a la referida total responsabilidad y nos dará la base sobre la que se aplicarán los aranceles, naturalmente con la reducción ya existente anteriormente del 25 por 100 que entiendo sigue siendo aplicable.

LA HIPOTECA DE CONSTITUCIÓN UNILATERAL

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO

Colaborador honorario del Departamento de
Derecho Civil. Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: ASPECTO HISTÓRICO Y DERECHO COMPARADO.—2. POSIBILIDAD DE INCLUSIÓN DE LA HIPOTECA DE CONSTITUCIÓN UNILATERAL *INTER VIVOS* EN EL ORIGINARIO ART. 138 LH. REFUTACIÓN DE LAS OPINIONES CONTRARIAS.—3. FUNDAMENTACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE CONSTITUIR HIPOTECA POR ACTO UNILATERAL *INTER VIVOS*.—4. SU CONSAGRACIÓN EN EL VIGENTE ART. 141 LH. SE RECHAZA LA TEORÍA DE LA «DISOCIACIÓN DE OFERTA Y ACEPTACIÓN».—5. CONFIGURACIÓN DE LA HIPOTECA UNILATERAL: EL SUPUESTO GENERAL DEL ART. 141 LH: A) El requerimiento del 141.2 LH. B) La «aceptación» y su constancia registral; carácter de ésta. C) Efectos en el estadio intermedio: aspecto activo; aspecto registral.—6. SUPUESTOS PARTICULARES DE HIPOTECAS UNILATERALMENTE CONSTITUIDAS: A) Hipoteca en garantía de títulos-valores. B) Hipoteca testamentaria. C) Hipotecas legales: por razón de patria potestad y tutela, y en garantía de reservas legales.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: ASPECTO HISTÓRICO Y DERECHO COMPARADO

En línea de principio es posible concebir la constitución de hipoteca voluntaria tanto a través de contrato como de negocio jurídico unilateral. Nosotros vamos a ocuparnos, en este trabajo, de la última de las posibilidades apuntadas, que puede ser definida como aquélla en cuyo origen se encuentra un negocio jurídico en que no hay más parte que el disponente, es decir, que está inte-

grado por su sola voluntad. ¿Es admisible esta figura en nuestro Ordenamiento, particularmente en su modalidad *inter vivos*? ¿Cuál es, en su caso, su configuración?

Iniciaremos este estudio intentando hacer un esbozo de lo que ha sido el devenir histórico de esta figura, desde su aparición hasta el momento presente. En este sentido, vemos que en España no es sino a partir de la promulgación, en 1861, de la primera Ley Hipotecaria cuando, por obra de su artículo 138, comienza a plantearse la cuestión, en el supuesto de que el negocio constitutivo unilateral lo fuera por acto *inter vivos*.

Con anterioridad a la misma la situación era clara al respecto, pues los precedentes legislativos, que arrancaban del Derecho romano, se mantenían a lo largo de todo el Derecho Intermedio, y recibían expresa acogida en el Proyecto de Código civil de García Goyena, pocos años antes de la promulgación de la Ley Hipotecaria, afirmaban que «la hipoteca voluntaria se constituye en testamento o en contrato»¹. Y, así las cosas, la modificación de esta situación no parece que entrara en las intenciones de la Comisión redactora de la Ley, a tenor de lo declarado en la Exposición de Motivos de la misma. En ésta, aun cuando en un primer momento se afirmaba genéricamente que la Ley Hipotecaria «cambia profunda y radicalmente en sus principios cardinales la antigua legislación de hipotecas», y que «casi todas las disposiciones que hasta aquí han regido respecto a ellas sufren, en mayor o menor escala, cambios importantes», los diversos pasajes de la misma que, de modo específico, se refieren a constitución de las hipotecas voluntarias más bien parecen inclinarse en la dirección contraria, haciendo pensar, como afirma Chamorro, que fue éste uno de los pocos puntos que no sufrieron modificación².

Fueron, por tanto, únicamente los términos en que aparecía redactado ese artículo —cuyo número y texto se mantienen prácticamente inalterados hasta nuestros días: «son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan»— los que hicieron surgir la polémica³.

En esta situación, el impreciso laconismo de los términos de ese segundo inciso del art. 138 LH llevó a los primeros comentaristas de la LH a interpretarlo, casi sin excepción, a la luz de los postulados propios de la realidad anterior, esto es, concluyendo que aludía exclusivamente a las hipotecas impuestas en acto de

¹ Art. 1.791 del Proyecto de 1851.

² CHAMORRO PIÑERO, «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», *RGLJ*, 1943, p. 11.

³ Para una exposición más detallada en este punto, cfr. CHAMORRO, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

última voluntad⁴. Solamente Pantoja y Lloret admitía, apoyado en esta segunda parte del precepto, la constitución de hipoteca voluntaria, además de por testamento, «por cualquier acto *inter vivos* en que no haya más parte que la del que constituye la hipoteca»⁵.

Pronto, sin embargo, se vio alterado este panorama, fundamentalmente por obra de la DGRN, que, tras unas breves vacilaciones iniciales, en su R. de 25-6-1877 afirmó de forma clara y sin ambages que «según la doctrina del 138 LH las hipotecas voluntarias pueden constituirse válidamente no sólo por convenio, sino por la exclusiva voluntad del dueño de los bienes sobre que se constituyan, sin necesidad de que conste la aceptación de la persona a cuyo favor se impone este gravamen».

Se reconocía así expresamente, al menos —en contra de la opinión de los comentaristas de la primera época—, la innovación que esta segunda parte del precepto significaba en el plano legislativo, novedad que desde entonces, y casi sin excepción, será reconocida por todos, tanto en el plano doctrinal como en el jurisprudencial (fundamentalmente de la DGRN), sin que la STS 4-10-1915 —en la que se negaba que la hipoteca inscrita por acto unilateral tuviera eficacia jurídica e incluso que adquiriese rango antes de la registración de la aceptación— fuera, como apunta Albaladejo, más que un tropiezo que se salvó prontamente, aunque esto sin perjuicio de los profundos desacuerdos en cuanto a su significación y alcance. Aquella Resolución significó el inicio de una corriente en la interpretación de esta norma favorable a la admisión de la modalidad unilateral de constitución de hipotecas que sería luego seguida por otras muchas: RR 29-12-1880, 27-8-1883, 27-10-1892, 31-8-1893, 28-11-1893, 6-9-1912, 15-12-1953, etcétera.

Por otra parte, esta decidida postura de la DGRN llevó a la doctrina a un giro radical respecto a la interpretación dada por los primeros comentaristas, afirmándose ahora la validez —y, consecuencia de ésta, la inscribibilidad en el Registro— de las hipotecas constituidas por un sujeto sobre sus bienes sin contar con el consentimiento del acreedor. Si bien que no con la formulación pura de aquéllo pues, mediatizados por el principio que afirma que nadie puede adquirir derechos sin el concurso de su voluntad⁶,

⁴ En este sentido se pronuncian GÓMEZ RODRÍGUEZ, *Ley Hipotecaria*, 1861, p. 26; PÉREZ PEDRERO y SIDRO MURGA, *Repertorio de Legislación Hipotecaria de España*, 1861, t. II, p. 301; SOLER Y CASTELLÓ, *Tratado completo de legislación hipotecaria*, 1882, p. 422; GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, 1881, t. II, p. 438. Esta opinión fue sostenida más tarde por MANRESA e incluso por GAYOSO, *Nociones de Legislación Hipotecaria* (1918).

⁵ *Ley Hipotecaria*, 1861, p. 307.

⁶ *Digesto*, 50.17.69 y 39.5.19.2.

y por el criterio adoptado por el RH de 1870 en su art. 112⁷ —«Cuando se constituya una hipoteca a favor del Estado, Corporaciones civiles o entidades colectivas, sin constar en la escritura su aceptación, se verificará la inscripción, pero sin perjuicio de que después de aprobada la hipoteca o fianza por la autoridad o funcionario a quien corresponda, se haga constar esta circunstancia por medio de nota marginal»—, se consideró, generalizando el criterio reglamentario aunque los favorecidos no fueran esos concretos sujetos, que estas hipotecas adquirían el carácter de condicionales, consistiendo la condición en que fueran aceptadas por el acreedor y esto se hiciera constar en el Registro. Mientras no se cumpliera la condición, y puesto que la eficacia de estas hipotecas dependía de ello, no favorecerían ni perjudicarían a las personas a cuyo favor resultaran inscritas⁸.

Galindo y Escosura, y también, aunque de forma menos clara, Barrachina, discrepaban sin embargo —contrariamente a lo que suele afirmarse— de este planteamiento, limitando el carácter condicional a los concretos supuestos del art. 112.2 RH (1870), sin extenderlo a otros⁹.

La promulgación, en 1889, del Código civil no sirvió para aclarar la situación. Este, que, como apunta Chamorro, era el llamado a regular las formas o modalidades de constitución de la hipoteca, pasó por alto la cuestión y se limitó a remitir a «las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente» en «lo relativo a su constitución» (art. 1.880 C.c.), dejando el problema, por tanto, en la misma situación en que estaba. Por esta razón pudo afirmar la DGRN en su R. de 31-8-1893 que «ninguna alteración ha introducido el Código civil en la doctrina fundamental de la Ley Hipotecaria de que las hipotecas voluntarias nacen de la convención entre partes, esto es, del contrato, o son impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen, o lo que es igual, son resultado de un acto unilateral». Continuaba en ella la DGRN afirmando, además, que los preceptos del C.c. reguladores de los contratos serían aplicables a la hipoteca cuando ésta debiera al contrato su existencia, pero que cuando era manifestación de la libertad del propietario que quería gravar su finca en uso de un derecho indisputable no había por qué subordinar la virtualidad y eficacia de ésta a reglas sólo pertinentes tratándose del hecho jurídico contrato. Por esta razón —seguía—, «aun de haber innovado el Código nuestro anterior

⁷ Literalmente coincidente con éste será, más tarde, el art. 197 del RH de 1915.

⁸ MORELL, *Legislación Hipotecaria*, 1918, pp. 181 y ss.; ARAGONÉS, *Compendio de legislación hipotecaria*, 1911, t. III, pp. 202 y 209; CAMPUZANO, *Legislación hipotecaria*, 1911, pp. 506 y 507.

⁹ *Legislación hipotecaria*, 1891, p. 323, y *Derecho hipotecario y notarial*, 1911, pp. 209 y 210, respectivamente.

derecho civil en materia de obligaciones, no podía influir el cambio en la doctrina por este Centro sentada en su Resolución de 25 de junio de 1877, en la que, prescindiéndose del aspecto contractual que puede ofrecer la hipoteca, fijáronse los requisitos que presiden su aparición cuando es debida a la mera y simple potestad dominical¹⁰.

Tampoco la reforma de la LH en 1909 —orientada fundamentalmente a concordar ésta con el Código civil— se ocupó de este punto.

Rechazada, sin embargo, por razones que ahora no procede que nos detengamos a considerar, la dicha teoría de la hipoteca sometida a condición suspensiva, acudió la doctrina a una explicación distinta de la figura, sobre la base de una muy acentuada influencia germánica. Así, en opinión de algunos autores¹¹ había de afirmarse categóricamente la necesidad de acuerdo entre concedente y beneficiario para el nacimiento de la hipoteca. Lo cual no era, sin embargo, obstáculo para admitir la inscripción previa del acto unilateral de aquél, como simple manifestación del principio de consentimiento formal: basta, conforme a éste, la voluntad del que en los libros del Registro aparece como propietario para verificar la inscripción, aun cuando el acuerdo entre las partes no haya tenido lugar aún¹². Se considera que «el titular inscrito es dueño y señor de su asiento, y puede hacer, por su sola voluntad y sin necesidad de demostrar que ha sobrevenido una modificación en la realidad jurídica, que el registrador consigne en los folios de su finca un cambio»¹³.

Sólo cuando el acuerdo se haya celebrado nacerá la hipoteca —rectificándose además, de este modo, la inexactitud registral provocada por aquel asiento, al publicar como existente un derecho que no existía en la realidad—, pero entonces lo hará con el rango correspondiente a su inscripción en el Registro, y sin necesidad de acudir a mecanismos de retroacción: aquel asiento produce, en el tiempo que media entre la inscripción y la cancelación o el acuerdo, importantes efectos, como son el de legitimación, fe pública registral y, sobre todo, prioridad.

¹⁰ En este sentido, señala CHAMORRO que su colocación en el libro IV del Código civil («De las obligaciones y contratos») no debe considerarse, en contra del parecer de GAYOSO, como un obstáculo, al igual que no lo es para la forma testamentaria.

¹¹ D. JERÓNIMO GONZÁLEZ, «Principios hipotecarios», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil* (1948), pp. 412 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Tratado de Derecho civil* de ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF (1936) pp. 169 y ss.; GIMÉNEZ ARNAU, *Tratado de Legislación hipotecaria* (1941), t. II, pp. 76 y ss.

¹² En este sentido parece pronunciarse la R. 31-7-1928, aunque nos parece que se trata de una afirmación que no tiene carácter de *ratio decidendi* del supuesto.

¹³ LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III bis, p. 50.

Hay que incluir aquí, además, la teoría de la reserva de rango, procedente, al igual que la anterior, del Derecho alemán. Según ésta, la inscripción de la declaración de voluntad del disponente atribuye un puesto, una prioridad, a una hipoteca de constitución futura, que nacerá, necesariamente, del acuerdo entre concedente y beneficiario, en cuyo caso la reserva se transforma en auténtica hipoteca. Aunque presenta similitudes con la institución del consentimiento formal, pueden no obstante apreciarse algunas diferencias: así, la reserva de rango del Derecho alemán, que asegura eficazmente frente a otras anteriores la preferencia de una hipoteca que se constituye después, es ineficaz en cambio frente a los acreedores no hipotecarios del dueño del inmueble, que podrán hacer efectivos sobre éste sus créditos por la vía ejecutiva, puesto que el embargo de la misma impide que la reserva se utilice con quebranto de sus intereses¹⁴.

Se trata, en definitiva, como afirma Roca Sastre, de intentos de trasplantar a nuestro sistema el principio de consentimiento formal y la institución de la reserva de rango alemanes, aplicados a la constitución de hipotecas.

Poco tiempo después aparecen las dos últimas teorías elaboradas antes de la reforma de 1944-46, favorables ambas a la constitución unilateral de la hipoteca.

La primera, sostenida por Roca Sastre, admite que la hipoteca se constituye por negocio unilateral del disponente, si bien precisa, para su adquisición por el favorecido, registrar la aceptación de éste, que viene configurada como *conditio iuris*¹⁵.

¹⁴ WOLFF, *Derecho de Cosas* I.43. NUSSBAUM, *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*, trad. esp. 1929. Resulta discutible, sin embargo, la opinión —muy extendida, por otra parte— de quienes atribuyen a PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER la introducción en España de esta teoría. Esta creencia, a nuestro juicio, se basa únicamente en la frase empleada por dichos autores en la p. 218 de sus Anotaciones a WOLFF: «la inscripción de ésta (la hipoteca) en virtud de acto unilateral del dueño entraña algo así como una reserva de rango...». No reparan, sin embargo, en las palabras con que continúan la misma frase transcrita —«sobre la diferencia entre este supuesto y la auténtica reserva de rango...»— o en lo indicado en la p. 328 cuando, refiriéndose al art. 138 LH, afirman que «cualquiera que sea el alcance que se dé a estos preceptos y a las combinaciones que quepan a su amparo, no coinciden plenamente con la auténtica figura de la reserva de rango». Téngase en cuenta, además, que en la p. 171 afirman «suscribir totalmente» las consideraciones de Jerónimo GONZÁLEZ en este punto, que, como hemos visto, son las del consentimiento formal: el acto unilateral es inscribible como simple manifestación del principio de consentimiento formal, pero siendo así que esto resulta suficiente para asegurar al derecho de hipoteca —que nacerá solamente con el acuerdo— el rango correspondiente a su inscripción en el Registro. ¿Acaso no es esto, en términos coloquiales, «reservar el rango»? En nuestra opinión, al hablar de «reservar el rango», PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER no hacen sino expresar en términos vulgares, el efecto principal que aparece conectado a esa inscripción fruto del consentimiento formal, pero sin aludir en modo alguno a la institución alemana del mismo nombre.

¹⁵ *Derecho Hipotecario*, 1941, pp. 186 y ss.

La otra, defendida por Chamorro Piñero, considera que basta el negocio unilateral del hipotecante, no sólo para constituir la hipoteca, sino incluso para hacerla adquirir, sin más, por el beneficiario¹⁶.

Se llega así, en consecuencia, a los instantes previos a la última reforma habida de la Ley Hipotecaria con una situación caracterizada, para decirlo en palabras de Chamorro, tanto por «el unánime reconocimiento de la innovación legislativa» que ese inciso segundo del art. 138 LH suponía, como por «el absoluto desacuerdo al tratar de precisar su alcance, lo mismo en orden a las posibles formas del acto unilateral —*inter vivos, mortis causa*, o de ambas especies— que a la eficacia que, en definitiva, haya de atribuirse a dicho acto de constitución»¹⁷.

En este sentido, la situación puede resumirse agrupando las diversas teorías habidas del modo siguiente. De un lado, las que admiten la constitución de la hipoteca a través de acto unilateral del disponente, con las siguientes variantes: teoría de la hipoteca sometida a condición suspensiva, la apuntada por Roca Sastre, y la defendida por Chamorro. De otro, las que niegan esta posibilidad, siendo preciso volver aquí a distinguir: la de los primeros comentaristas, que, negando toda virtualidad innovadora a ese segundo inciso del precepto, consideraban que hacía referencia, en consonancia con lo que había sido la situación anterior a la Ley Hipotecaria, a las hipotecas establecidas en acto de última voluntad; y la de los que, reconociendo la novedad que ese precepto suponía, circunscribían sin embargo su operatividad al campo meramente formal, negándole toda eficacia sustantiva: teoría del consentimiento formal y de la reserva de rango.

En este estado de cosas, la reforma de 1944-46 vino a significar, en opinión casi unánime de la doctrina —las voces que discrepan de este parecer tienen hoy un marcado carácter excepcional¹⁸—, la explícita confirmación de esta posibilidad de constituir hipoteca voluntaria mediante negocio jurídico unilateral e *inter vivos* del disponente: art. 141 LH. Y es que si bien esta figura, como afirma Roca Sastre, tenía de antiguo el favor de la ley —art. 138 LH—, no había sido desenvuelta normativamente en forma tal que ello fuese evidente¹⁹.

Subsiste, sin embargo, el desacuerdo en cuanto al modo como se configura este supuesto, planteándose el debate en torno a la siguiente alternativa: de un lado los que, admitiendo la constitu-

¹⁶ *El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral*, RGLJ, 1943.

¹⁷ *Op. cit.*, pp. 7-8.

¹⁸ Señaladamente LACRUZ, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE y ZUMALACÁRREGUI; nos ocuparemos de ellos más adelante.

¹⁹ *Derecho Hipotecario*, IV.I, p. 591.

ción de hipoteca por acto unilateral del dueño de los bienes, separan este momento del de su adquisición por el favorecido, exigiéndose para ello la aceptación registrada de éste²⁰; de otro, la construcción defendida por Albaladejo, para quien si bien el negocio jurídico unilateral es la base fundamental de la figura que estamos estudiando, éste no debe entenderse que basta, por sí solo, para hacerla nacer, sino que se requiere para ello la aceptación registrada del favorecido, la cual, no obstante, no forma parte del negocio constitutivo sino que viene concebida como una *conditio iuris* del mismo²¹.

Estas diversas posibilidades que en cuanto al modo de constituir hipoteca voluntaria se han ido barajando en España desde la promulgación de la Ley Hipotecaria en 1861, encuentran generalmente paralelo en el Derecho comparado, si bien esto no significa que en estos países se hayan seguido caminos similares en este punto, ni que se haya llegado a conclusiones idénticas.

Atendiendo a los principales sistemas de nuestro entorno —Alemania, Italia, Francia— podemos apreciar, hasta la promulgación del C.c. italiano de 1942, una singular coincidencia en cuanto a la exigencia de convenio para la constitución de hipoteca: § 873 BGB; arts. 1.919, 1.978 y 1.989 del Código civil italiano de 1865; art. 2.117 Code civil francés.

Ni en Italia ni en Francia, sin embargo, hubo obstáculos, a pesar de ello, para admitir la inscripción del acto unilateral del disponente, considerándose casi unánimemente que la aceptación del favorecido podía resultar válidamente de un acto posterior, incluso en forma tácita²². En Alemania, el acuerdo real entre concedente y adquirente es, como hemos dicho, indispensable para la constitución de la hipoteca. La mayor riqueza, no obstante, de su Derecho Inmobiliario posibilita una más amplia gama de formas hipotecarias —consentimiento formal, reserva de rango, deuda inmobiliaria de propietario—, algunas de las cuales ya hemos visto que han pretendido ser trasplantadas a nuestro Ordenamiento.

Interesa subrayar, llegado este punto, el curioso fenómeno, puesto de relieve por Chamorro, de que «son los países latinos, en cuyas legislaciones falta toda regulación sistemática del consentimiento formal, los que más lejos han llevado la voluntad del

²⁰ Es la postura sostenida, ya antes de la reforma, por ROCA SASTRE, que ha sido después seguida por la mayoría de los autores: SANZ FERNÁNDEZ, COSSÍO, DE CASSO, ESPÍN, etc.

²¹ *La hipoteca unilateral*, ADC, 1950.

²² VITA-LEVI, «Del'ipoteca constituita con un atto unilaterale», *Archivo giurídico*, 1881; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, 1929, p. 761; y los siguientes autores citados por BIANCHI (*Delle ipoteche*, 1914, I, pp. 444 y ss.; II, p. 102); PACIFICI-MAZZONI, POCHINTESTA, MIRABELLI, MELUCCI y RICCI. Entre los franceses, BAUDRY-LACANTINERIE y AUBRY ET RAU, *Droit civil français*, III, pp. 464 y ss.

dueño de los bienes en orden a la constitución del derecho de hipoteca»²³. Hasta el punto de que en Italia, al considerarse como aceptación tácita y suficiente el hecho de «aprovecharse» de la hipoteca, por ejemplo, instando su ejecución, se ha llegado su brevemente a una verdadera creación unilateral del derecho de hipoteca: admitir esa aceptación no supone, en realidad, más que prescindir en absoluto de ella, pues no es posible presentar éso como aceptación contractual de una oferta de hipoteca.

La llegada, sin embargo, en 1942, del nuevo Código civil italiano supone una ruptura en este panorama, al establecer en su art. 2.821.1 que «*l'ipoteca può essere concessa anche mediante dichiarazione unilaterale*». Con esto queda resuelta en Italia, en sentido afirmativo, la posibilidad, ya apuntada por algunos incluso bajo el C.c. de 1865²⁴, de conceder hipoteca mediante declaración unilateral del propietario²⁵.

2. POSIBILIDAD DE INCLUSIÓN DE LA HIPOTECA DE CONSTITUCIÓN UNILATERAL *INTER VIVOS* EN EL ORIGINARIO ART. 138 LH. REFUTACIÓN DE LAS OPINIONES CONTRARIAS

Una vez planteado el tema y señalada, en líneas generales, la evolución seguida en su tratamiento tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, procede pasar ya a un estudio más detenido del mismo; estudio que debe comenzar por plantear si, hoy por hoy, esta figura de la hipoteca unilateral tiene cabida en nuestro Ordenamiento. Hemos dicho ya que, tras la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-46, la doctrina se muestra casi unánimemente favorable a ella, teniendo las voces discrepantes un marcado carácter excepcional; son, por tanto, anteriores a aquélla las teorías contrarias que en su día gozaron de predicamento, pero, aun así, resulta imprescindible que nos detengamos en este punto, como premisa que constituye del trabajo, a fin de dejar establecidas las ideas capitales al respecto.

Y para ello, para demostrar la posibilidad de esta hipoteca, tomaremos como punto de partida las reflexiones hechas por Cha-

²³ *Op. cit.*, pp. 149 y 150.

²⁴ COVIELLO, *Ipoteche*, pp. 139-141 y 491, y CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 1918, II, pp. 35 y ss.

²⁵ Cfr., para una visión general de la situación actual en ese país, BOERO, *Le ipoteche*, 1984, pp. 329 y ss., y autores allí citados. Esta circunstancia, en opinión de ROCA SASTRE, ejerció una influencia fundamental en el desenvolvimiento y consagración en nuestro país, por obra de la reforma de 1944-46, de la figura que estamos estudiando.

morro sobre el art. 138 de la ley, único que con anterioridad a la reforma —cuando él escribía— parecía ocuparse del tema.

En este sentido, señala el autor²⁶ que ese precepto es susceptible de ser interpretado de las formas siguientes:

En primer lugar considerando, en el límite extremo de la interpretación restrictiva, que el art. 138 LH, «más bien que a dos modalidades —bilateral y unilateral— de constitución de la hipoteca voluntaria, quiso aludir solamente a dos procesos distintos de su creación bilateral»²⁷; la alternativa consistiría en la posibilidad de que las partes celebren el contrato primero y después inscriban (es el supuesto habitual), o bien que el dueño inscriba primero y las partes convengan más tarde.

Centrándonos en esta última solución, todavía podemos distinguir dos variantes:

a) Ese asiento, aun careciendo de entidad sustantiva —esto es, en orden a la constitución de la hipoteca—, produce los efectos derivados del principio de prioridad, asegurando un determinado rango en favor del inscrito como titular si el derecho llega a nacer —para lo cual, repetimos, es indispensable el acuerdo—. Aquí pueden encuadrarse, de forma más o menos inmediata, tanto la teoría del consentimiento formal como la de la reserva de rango. E incluso la que podríamos denominar de la «disociación de oferta y aceptación», aunque de ella, por ser posterior a la última reforma y apoyarse fundamentalmente en el art. 141 de la ley vigente, nos ocuparemos más adelante²⁸.

b) Ese asiento es totalmente ineficaz, tanto en el plano sustantivo como en el registral, es decir, a los efectos de prioridad. Es una simple posibilidad de invertir el orden «normal» de ese doble elemento que en cuanto a su constitución caracteriza a la hipoteca —negocio hipotecario e inscripción—, haciendo que la inscripción preceda al acuerdo.

En rigor, sin embargo, esta primera interpretación no puede admitirse. Y esto porque pugna abiertamente con la redacción del precepto, en el que, en un plano de absoluta igualdad —«Son hipotecas voluntarias...»—, se contraponen (evidenciado esto por el empleo de la conjunción disyuntiva «...o...») esos dos términos —las convenidas entre partes y las impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan—, vedando así aque-

²⁶ *Op. cit.*, pp. 14-16.

²⁷ *Op. cit.*, p. 14.

²⁸ La idea de esta teoría puede resumirse diciendo que, para ella, la pretendida hipoteca unilateral no es sino la posibilidad de disociar los dos elementos consensuales —oferta y aceptación, esenciales ambos— del negocio de constitución de hipoteca —contrato, indefectiblemente—, permitiéndose su reflejo registral en el orden temporal en que se produjeron. El efecto pretendido —la constitución de la hipoteca—, por su parte, aunque precisa del acuerdo para producirse, se retrotrae al tiempo en que la oferta fue inscrita, por disposición de la Ley.

lla interpretación que, por atribuir a ambos una misma naturaleza —evidentemente convencional—, supondría una redundancia inadmisible, de tal modo que habría bastado con el primer inciso del precepto.

Es cierto que, en la primera de las dos variantes señaladas, nos encontramos con una modalidad particular caracterizada por el hecho de que, no obstante exigir para el nacimiento de la hipoteca el acuerdo entre las partes, permite gozar al derecho, cuando nazca, de un rango anterior al que le correspondería por el tiempo de su constitución. Pero esto no basta, sin embargo, a nuestro juicio, para justificar esta interpretación, pues se trata simplemente de una peculiaridad de orden secundario, atinente al grado de la hipoteca, que no casa con la densidad sustantiva del precepto, ocupado de los modos de constitución del derecho²⁹.

En cuanto a la segunda variante, el rechazo se presenta aún más claro, pues, además de incurrir en la redundancia señalada, se trata de una posibilidad absurda que no sirve para nada, que carece de toda repercusión práctica. Y lo absurdo no debe admitirse.

Una segunda interpretación llevaría a considerar que, con el 138 LH, el legislador no habría pretendido sino «dar una definición suficientemente amplia como para abarcar las diversas formas en que la hipoteca voluntaria pudiera ser constituida según Derecho, no el hipotecario sino el civil», pero sin que esto permita concluir que se decidió directamente sobre «la admisión de todas las modalidades de constitución que quepan dentro de su elástica fórmula, por estar incluidas en el ámbito del acto de disposición del dueño»³⁰. En abono de esta interpretación, continúa Chamorro, podría argüirse que según la Ley Hipotecaria, dictada fundamentalmente para terceros, todos los derechos reales se constituyen fuera del Registro, sin que el de hipoteca fuera todavía una excepción en las primeras leyes (recuérdese que el carácter constitutivo de la inscripción en la hipoteca es una cuestión que surge como consecuencia de la promulgación, en 1889, del Código civil, art. 1.875), por lo que debió considerar como cuestión ajena a sus preceptos el problema del nacimiento de la hipoteca y, por lo mismo, el de las posibles modalidades de su creación.

²⁹ En este sentido ROCA SASTRE, refiriéndose a la teoría del consentimiento formal, afirma que «en rigor, esta teoría no podía fundarse en el contenido del artículo 138 LH, pues éste... no autoriza un consentimiento meramente formal, o sea, dirigido exclusivamente a la extensión de un asiento, sino que se refiere a un consentimiento sustantivo o material, o sea, encaminado a constituir la hipoteca». Análogamente, en relación con la reserva de rango apunta que «esta opinión carece de base suficiente en que fundamentarla. Las palabras del 138 enfilan el problema hacia un acto dispositivo de constitución de hipoteca, y no a una simple reserva de rango vacía de acto dispositivo». (*Derecho Hipotecario*, IV, I, pp. 594 y 595, respectivamente.)

³⁰ CHAMORRO, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

Tampoco puede, sin embargo, admitirse esta segunda interpretación, ya que incurría en una redundancia análoga (aunque de sentido inverso) a la denunciada en relación con la anterior, pues, como dice Roca Sastre, «tanto las hipotecas convenidas como las impuestas por voluntad unilateral del dueño son negocios de disposición»³¹. Así, de haber existido tal propósito, el legislador «se habría limitado indudablemente al segundo inciso, con el que habría bastado, toda vez que la mención especial de la hipoteca convencional apenas se explicaría como un rutinario tributo rendido a su tradicional denominación»³². Pueden, por tanto, reproducirse aquí las consideraciones hechas más arriba: no es posible contraponer esos términos del modo en que lo hace el art. 138 LH, cuando uno de ellos es susceptible de ser englobado en el otro³³.

Cabe pensar, por último, que el inciso segundo del art. 138 LH afirmaba solamente la admisión de la testamentaria³⁴ como forma posible, junto al contrato, de constitución de hipoteca. En efecto, este precepto, comprensivo de las hipotecas voluntarias —es decir, aquéllas cuyo nacimiento tiene lugar voluntariamente, en virtud de negocio jurídico—, presenta dos términos: las convenidas entre partes y las impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen. Y, en relación con la hipoteca testamentaria —cuya vigencia en nuestro Derecho queda fuera de toda duda, a pesar de su limitada relevancia práctica hoy día³⁵—,

³¹ *Derecho Hipotecario*, 1941, p. 185.

³² CHAMORRO, *op. cit.*, p. 16.

³³ La otra razón apuntada por CHAMORRO (*op. et loc. cit.*) en contra de esta interpretación —considerar excesivo atribuir al legislador de 1861 la intención de elevar a nota definidora de la hipoteca voluntaria su carácter de negocio de disposición— no tiene, sin embargo, entidad para ser considerada como tal: más que una razón, se trata de una simple opinión, un juicio de valor no apto por sí solo para desvirtuar esa interpretación.

³⁴ Denominaríamos así a aquella hipoteca constituida por el testador sobre sus propios bienes, en garantía de un legado o para seguridad del pago de una deuda propia o ajena; no lo es la que el testador ordena que constituya su heredero o legatario. Esta distinción aparece clara a base de estimar que, por la fuerza de la cosas, aún perdura en nuestro Derecho la distinción entre legados vindicatorios y damnatorios. *Vid.*, en este sentido, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, IV.I, p. 616.

³⁵ Los argumentos en su favor son sintetizados por ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 617 y ss.:

a) El devenir histórico de esta institución consagra su posibilidad, siendo así que, además, tal parece ser fue la intención del legislador de 1861 al redactar este segundo inciso del 138 LH, y así lo entendieron los autores de la primera época (cfr. *supra*, pp. 1 y ss.).

b) La hipoteca, aun careciendo de valor intrínseco, es un derecho real que proporciona al acreedor una seguridad en relación con el crédito garantido, el cual aumenta de valor y, por consiguiente, lo hace susceptible de ser objeto de legado. La constitución de hipoteca es, en definitiva, un acto de disposición, igual que el testamento.

el primero queda prontamente descartado, sin que pueda dar ocasión a dudas, por referirse al contrato claramente (i.e., negocio jurídico bilateral); corresponde, por tanto, al segundo, el encuadre de esta figura, dada la indiscutible estructura unilateral —por propia naturaleza— del negocio para su constitución. Esta posibilidad contraria, además, con el respaldo de los precedentes legislativos (cfr. *supra*, pp. 2 y ss.).

Al igual que las anteriores, tampoco resulta admisible esta tercera interpretación del art. 138 LH. Y esto porque, como acertadamente señala Chamorro, no es posible limitar de este modo la amplia fórmula final del precepto, acotando el acto de imposición por disposición del dueño con distinciones que la ley no hizo³⁶. En este mismo sentido se pronuncia Albaladejo, que hace suyo este razonamiento: «aunque los legisladores lo hicieran inconscientemente, es indudable que, objetivamente, el art. 138 LH no restringe la forma unilateral, que admite, exclusivamente al tes-

c) No son de recibo los motivos aducidos en Italia (*vid.* Relación ministerial al Cc. de 1942) para rechazar esta figura: evitar que el deudor-testador cuente con un medio para alterar secretamente (ya que la hipoteca no será normalmente conocida hasta su muerte) la garantía común de sus acreedores. Y ello porque, de una parte, en relación con los acreedores hereditarios, su derecho es anterior y preferente al de los legatarios; y, de otra, si se establece en beneficio de un acreedor del causante, baste observar que éste igualmente puede alterar en vida el rango de sus acreedores, a través de un negocio *inter vivos*. En circunstancias normales, por tanto, igual da que el acto de constitución sea *inter vivos que mortis causa*; y si lo que con ello se pretende es realizar un fraude, ya la ley concede entonces los medios para lograr su nulidad.

d) Por último, aunque suele hablarse de la inutilidad práctica de esta hipoteca, por cuanto que, respecto de terceros, el legatario cuenta ya con la garantía de la anotación del art. 42.7 LH, y, en relación con los demás legatarios, el testador puede conceder preferencia a quien quiera, esto no es del todo cierto, ya que esa anotación debe ser pedida, y en la práctica se comprueba que no es muy frecuente hacerlo. Por ello el testador, a fin de evitar perjuicios o de favorecer automáticamente a los legatarios, evitando molestias o susceptibilidades, puede establecer directamente esa hipoteca, lo cual es ya una ventaja o beneficio a tener en cuenta. A esto hay que sumar, añade ROCA SASTRE, la utilidad que puede reportar el que un legado de rentas o prestaciones periódicas adopte claramente la garantía hipotecaria que regula el art. 157 LH, y no la que en forma confusa establecen los arts. 88 y ss. de la ley. Pero es que, aun suponiendo que la hipoteca testamentaria fuese inútil en relación con los legados, su virtualidad queda fuera de toda duda en cuanto a garantizar deudas del causante o de tercero.

Son todos éstos argumentos cuya validez ha quedado corroborada tras la reforma de 1944-46: de una parte, con la aparición del art. 248 RH, que la admite explícitamente (aunque lo haga con ocasión de un tipo muy concreto —en garantía de rentas o prestaciones periódicas— no existe razón alguna para interpretarlo en sentido limitativo); de otra, con el vigente 141 de la ley, que al hablar de acto unilateral sin distinguir entre actos *inter vivos* y *mortis causa* comprende estos últimos en la generalidad de la expresión (en este sentido se pronuncia también GIMÉNEZ ARNAU, «La hipoteca testamentaria», *RDP*, 1945, p. 310). Esta última reflexión sobre el 141 bastaría, por otra parte, para desestimar la teoría de la disociación oferta-aceptación (de carácter contractualista), claramente incompatible con la institución testamentaria.

³⁶ *Op. cit.*, p. 16.

tamento, sino que permite entender que esa forma unilateral también puede ser *inter vivos*»³⁷.

No nos parece, sin embargo, válida la otra razón dada por Chamorro para rechazar esta posibilidad —si el legislador hubiera pensado sólo en el testamento se habría referido a él claramente, de igual modo que lo hizo en el art. 1.791 del Proyecto de Código civil de 1851—, teniendo en cuenta que, a tenor de lo que resulta de las afirmaciones contenidas en la EM de la ley, más bien hay que inclinarse a pensar que lo que el legislador pretendió en este punto no fue sino una confirmación del Derecho anterior, que, como sabemos, sólo contemplaba como formas de constitución de hipoteca voluntaria el contrato y el testamento³⁸.

Llegado este punto, creemos que pueden afirmarse como válidas las siguientes conclusiones:

A) Es indiscutible, cuando menos, que la aparición de la hipoteca unilateral en nuestro Derecho no respondió a un planteamiento expreso y a fondo de la cuestión por parte del legislador³⁹; es más, de los motivos de la ley resulta que la previsible finalidad de éste al establecer el 138.2 LH era muy distinta —podría decirse incluso que contraria— de la interpretación que luego se le dio por los autores, lo cual queda puesto de manifiesto a través de datos diversos, señalados por Chamorro⁴⁰:

1. Las ya aludidas afirmaciones contenidas en la Exposición de Motivos de la ley.

2. Ni en la discusión parlamentaria sobre el articulado de la ley, ni en los discursos sobre la totalidad de la misma, hubo la menor alusión a la pretendida novedad del art. 138.

3. Ahondando en esta línea, podría considerarse anómalo que en la definición de hipoteca voluntaria se regularan los modos de su constitución, sin desarrollo ulterior en su articulado.

B) Ahora bien, aun cuando a tenor de cuanto hasta aquí ha quedado señalado pueda considerarse muy posible, o incluso probable, que el alcance que el legislador quiso dar al art. 138 LH estuviera en consonancia con las que hasta entonces habían sido

³⁷ «La hipoteca unilateral», *ADC* (1950), p. 57.

³⁸ «Toma la Comisión el derecho actual como punto de partida para establecer las reglas a que han de ajustarse las hipotecas voluntarias. Todas las disposiciones que formula ahora y antes no estaban inscritas en la ley, o son una derivación de ella, o consecuencia necesaria de los principios de especialidad y publicidad, que es la gran reforma que introduce el proyecto». Más adelante continúa: «No cree la Comisión necesario descender a otras disposiciones que, o son mera confirmación del derecho antiguo, o una aplicación de los principios cardinales de la ley, o una derivación de ellos.» En esta misma línea, al tratar de la hipoteca se afirma que, a más de un derecho real, es un contrato accesorio; se habla también de hipotecas convencionales, de contrato hipotecario, de contrayentes, etc.

³⁹ En este sentido, algunos autores hablan de «inconsciencia» (así, CHAMORRO, *op. cit.*, p. 14 y ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 57).

⁴⁰ *Op. cit.*, pp. 11-12.

únicas formas de constitución de la hipoteca voluntaria —contrato y testamento—, conceder esto no debe ser obstáculo para reconocer que, a pesar de ello, el precepto, tal como en definitiva resultó, no impedía, no cerraba las puertas a la posibilidad de su constitución a través de negocio jurídico unilateral *inter vivos*⁴¹.

Y sobre esta base procedieron la doctrina y la jurisprudencia, casi desde el momento de la aparición, en 1861, de la Ley Hipotecaria, a una tarea de replanteamiento y reflexión que ha llevado a poder fundamentar hoy, en opinión ampliamente dominante en la doctrina (casi unánime en la actualidad), esa figura⁴², sustentando en los principios del sistema —en particular, en las posibilidades de actuación que deben reconocerse a la voluntad unilateral— las razones que abogan en su favor⁴³.

Llegado este momento, y a la luz de los datos y reflexiones apuntados, creemos que puede darse un nuevo enfoque al planteamiento de la cuestión, lo que permitirá, a la vez, valorar en su justa medida las teorías que, con anterioridad a la reforma de 1944-46, se pronunciaban contrarias a la posibilidad de esta forma de constitución de hipoteca en nuestro Derecho. Veámoslo, aunque de forma sintética:

A. Los primeros comentaristas

Poderosamente influenciados por los precedentes legislativos, y apoyados en el impreciso laconismo del precepto, los autores de la primera época hemos dicho ya que no vieron en el 138.2 LH sino una alusión a las hipotecas constituidas en acto de última voluntad, sin reparar en que, aun cuando es muy posible que —como también hemos apuntado— ésa fuera la intención del legislador, tal interpretación no fuerza a restringir la objetiva am-

⁴¹ No resulta, sin embargo, admisible la afirmación de CHAMORRO de que «la significativa omisión —seguramente deliberada— del artículo «las» en la expresión «entre partes», está indicando la ausencia de éstas en las hipotecas impuestas por disposición del dueño» (*op. cit.*, p. 16). Partes en la relación hipotecaria son, además, siempre dos —acreedor e imponente del gravamen, normalmente el deudor de la obligación garantizada—, lo que ocurre es que, en unos casos, sólo interviene una de ellas en el negocio de constitución, mientras que, en otras, intervienen ambas.

⁴² PANTOJA Y LLORET, *Ley Hipotecaria*, 1861, pp. 387 y ss.; GALINDO Y ESCOSURA, *Legislación hipotecaria*, 1891, p. 322; MORELL, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1918, p. 181; CAMPUZANO, *Legislación Hipotecaria*, 1926, pp. 505-506; LA RICA, *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria*, 1945, pp. 205 y ss.; SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, 1945, pp. 401 y ss.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 1941, p. 185; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 55; CASTÁN, *Derecho Civil español*, 1957, p. 778; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, 1981, p. 782; etc.

⁴³ Tratamos de esto con detenimiento en el próximo punto. Baste por ahora con la indicación dada.

plitud de la redacción con que finalmente resultó el precepto, que, por el contrario, permite dar cabida a la hipótesis de que nos ocupamos.

B. Teorías del consentimiento formal y de la reserva de rango⁴⁴

Para los autores partidarios de estas teorías —J. González y, según se afirma⁴⁵, Pérez González y Alguer, respectivamente—, son los presupuestos trazados por el Derecho civil para la adquisición de un derecho inter vivos los que exigen el acuerdo de las partes sobre la misma transferencia. En consecuencia, cuando el acto que se inscriba sea unilateral se provocará una inscripción imperfecta, ya que publicará un derecho que aún no ha nacido, si bien que esto no impide, por otra parte, que en el tiempo que media entre la inscripción y la cancelación o el acuerdo pueda aquélla producir algunos efectos, señaladamente el de prioridad⁴⁶.

Sin embargo, aun cuando son numerosas las ocasiones en que estos autores afirman como necesario para el nacimiento de la hipoteca el acuerdo entre las partes, sustentando esta afirmación en los «presupuestos o requisitos trazados a este efecto por el Derecho civil», nunca demuestran dónde esos presupuestos exigen el acuerdo —recuérdese que, por cuanto atañe a la hipoteca, ya

⁴⁴ Estas teorías, aunque puedan diferir algo en cuanto a sus efectos (cf. *supra*, punto 1), son sustancialmente coincidentes en el presupuesto de partida, que es lo que ahora nos interesa.

⁴⁵ Cfr. *supra*, nota 14.

⁴⁶ J. GONZÁLEZ: «La adquisición... de los derechos reales sobre fincas (...) exige un acuerdo del titular y del adquirente sobre la misma transferencia» (p. 406); «La inscripción es el asiento oficial que establece definitivamente el derecho real (la hipoteca específicamente, añadimos nosotros) cuando existe acuerdo de hipotecante e hipotecario» (pp. 411-412); «No se detiene aquí (en considerar suficiente para la extinción de todos los derechos reales inscribibles el consentimiento del que, según el Registro, ha de resultar perjudicado por el nuevo asiento) la corriente que, separándose cada vez más del Derecho civil, concluye por declarar inscribibles, en aras de la mayor facilidad para transferir fincas y llevar el Registro, actos unilaterales del titular que, por sí solos, no implican transferencia o constitución perfecta de derechos reales. ¿Quiere esto decir que las leyes hipotecarias dan por existentes derechos que no están fundados en los presupuestos civiles de adquisición o constitución? De ninguna manera. Cuando el acto civil deba ser bilateral —por ejemplo, adquisición de un derecho *inter vivos*— y el título que se inscribe es unilateral, se provocará una inscripción imperfecta» (p. 412) (en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil*, 1948).

PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: «La ley hipotecaria, al admitirla (la inscripción de hipoteca voluntaria derivada de acto unilateral), no da por existentes los derechos que no estén fundados en los requisitos que para su adquisición o constitución traza el Derecho Civil» (p. 171); «el contrato es requisito de la constitución de hipoteca» (p. 212) (en las anotaciones al *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas* de ENNECKERUS, KIPP y WOLFF, t. I).

se dijo en su momento que el Código civil, si bien era el llamado a regular lo referente a las formas de su constitución, pasó de largo en esta cuestión, limitándose a remitir a «las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente» (art. 1.880)—, ni por qué la forma convencional de constitución ha de suponer la exclusión de la modalidad unilateral⁴⁷.

Desde nuestro punto de vista, las consideraciones de los autores partidarios de esas teorías desconocen los argumentos en contrario que en este punto hemos ido explicitando antes, que a nosotros nos parecen plenamente atendibles y que, tal como dijimos, creemos que permiten un nuevo enfoque del tema: han de ser los principios del sistema, consideraciones de un orden más elevado —en concreto, las posibilidades que deben reconocerse a la voluntad unilateral—, los que resuelvan sobre la fundamentación y consiguiente admisibilidad de esta hipoteca en nuestro Derecho, cuya posibilidad de encaje en la objetiva amplitud de la letra del 138 LH debe quedar, por su parte, fuera de toda duda. Además, el consentimiento formal no es admisible en nuestro Derecho registral, ni tampoco la forma pretendida de reserva de rango: el precepto legal no puede, por tanto, interpretarse al modo que proponen estos autores. Pasemos ahora, por tanto, como en su momento anunciamos, a ocuparnos con detenimiento de esos principios en los que hemos dicho que pensamos se sustenta esta figura: de ellos depende la solución que a este problema de la admisibilidad de esta hipoteca en nuestro Derecho haya de darse.

3. FUNDAMENTACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE CONSTITUIR HIPOTECA POR ACTO UNILATERAL *INTER VIVOS*

Hemos dicho ya que, aunque es muy posible que el alcance que el legislador de 1861 quisiera dar al art. 138 LH estuviera en consonancia con las que hasta entonces habían sido únicas formas de constitución de hipoteca voluntaria (contrato y testamento), conceder esto no debe ser obstáculo para reconocer que, si bien pudo ser tal la intención del legislador, es también cierto que la letra del precepto, tal como en definitiva resultó, no impedía, no cerraba las puertas a la posibilidad de la forma de constitución

⁴⁷ Es ésta, en nuestra opinión, una postura derivada de la admiración que estos autores sentían por el Derecho alemán, que les lleva a trasplantar y a entender vigentes en nuestro Ordenamiento jurídico los principios de aquél en este punto: «para la constitución, transmisión y gravamen de los derechos inmobiliarios limitados se exige el acuerdo del concedente y del adquirente sobre la modificación jurídica, y la inscripción de tal modificación en el Registro» (§ 873 BGB). (Cfr., en este sentido, WOLFF, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas*, I, pp. 202 y ss.)

unilateral por acto *inter vivos*. Y que sobre esta base había procedido la doctrina a una tarea de replanteamiento y reflexión acerca de esta figura —hasta entonces desconocida en nuestro Derecho—, fruto de la cual fue abriéndose camino —aunque a veces «con maravillosa intuición más bien que con pleno conocimiento»⁴⁸— la tesis de quienes afirmaban esta posibilidad, que con el tiempo fue extendiéndose, aunque no siempre en su formulación más pura: eran los principios del sistema —en concreto, las posibilidades de actuación que deben reconocerse a la voluntad unilateral— los que constituyan el sólido fundamento en que aquélla se apoya. Es lo que trataremos de justificar a continuación.

Convencido defensor de esta posibilidad fue Chamorro, a la que dedica un largo e interesante trabajo⁴⁹. Su argumentación, con todo, no resulta, a nuestro juicio, convincente.

En opinión de este autor no cabe decir que la constitución de hipoteca voluntaria por acto unilateral del dueño de los bienes atente contra el principio que veda la posibilidad de hacer adquirir derechos sin contar con la voluntad del favorecido, que admite. Y esto porque parte de la consideración de que, con la hipoteca, el acreedor no adquiere un valor patrimonial, ni en el momento de su constitución ni durante su vida, sino que sólo obtiene un derecho a adquirirlo, un «derecho de adquisición de una suma de dinero mediante enajenación judicial de la finca gravada»⁵⁰. Y, por otra parte —afirma—, en el momento preciso de la adquisición patrimonial efectiva —esto es, cuando se adquiere la suma de dinero, tras la ejecución— el citado principio es respetado, pues para el ingreso de aquélla en el patrimonio del favorecido se exige necesariamente la voluntad de éste, la cual, sin embargo, no puede ser considerada en modo alguno como aceptación contractual de la hipoteca.

No existe, por consiguiente, el menor obstáculo, desde el punto de vista dispositivo, que impida constituir hipoteca a través de negocio jurídico unilateral *inter vivos* del dueño de los bienes⁵¹.

Y desde el punto de vista negocial tampoco es indispensable, en su opinión, que el acreedor intervenga en el acto de constitución, ya que la hipoteca sólo puede tener como causa posible un pago futuro, de manera que, por propia definición legal, no hace falta convenio alguno para la fijación del fin⁵².

Esta construcción, sin embargo, entendemos que debe ser rechazada, por artificiosa: la hipoteca es algo más que un simple

⁴⁸ J. GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 411.

⁴⁹ «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», *RGLJ* (1943).

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 152.

⁵¹ *Op. cit.*, pp. 151 y ss.

⁵² *Op. cit.*, pp. 157 y ss.

derecho a adquirir una suma de dinero. Es una forma de garantía real que recae sobre un inmueble y que, desde el momento en que se constituye y es adquirida por el acreedor, provoca el ingreso de un derecho entre sus bienes. Lo que ocurre es que es preciso distinguir entre su constitución actual y la posterior adquisición de una suma de dinero a resultas de su ejecución⁵³.

Es cierto que, como argüía Chamorro, la pignoración, a diferencia de la donación, no provoca en el fondo un verdadero enriquecimiento patrimonial a favor del acreedor en cuyo provecho la prenda se haya constituido⁵⁴, pero, esto no obstante, es también indudable que, como le replica Roca Sastre, ese derecho «implica un beneficio, ventaja o utilidad, por cuanto refuerza la seguridad en el cumplimiento de su crédito»⁵⁵. Así, es característica de la hipoteca la duplicitud que, en relación con los medios coactivos tendentes a obtener la prestación debida, atribuye al acreedor: éste, manteniendo intacto su derecho personal de crédito (art. 1.911 C.c.), dispone además de la acción hipotecaria para ejecutar la finca gravada, con total independencia respecto de quien sea su titular en ese momento, y cobrarse con ello con preferencia a otros acreedores. Y esto tiene, indiscutiblemente, un valor, lo que se demuestra si consideramos el hecho de que, desde el momento de constitución de la hipoteca, el crédito asistido de esta garantía es considerado de mayor valor que si fuera quirografario; y, correlativamente, el valor del bien hipotecado disminuye en razón al montante del crédito asegurado⁵⁶. Confirma ello la exactitud de la consideración antes hecha: es preciso distinguir entre la existencia actual del derecho de hipoteca y los resultados de su ejecución.

El otro argumento aducido por Chamorro en apoyo de su tesis es evidentemente desacertado. Afirma que «la creación de un derecho de adquisición (cuál es, en su opinión, la hipoteca) sin intervención del favorecido es tan poco anómala que cuando la ley los crea suele hacerlo directamente», equiparando, en este sentido, la hipoteca con el tanteo o el retracto legales, pues como considera que «la naturaleza de un derecho es la misma, ya se cree por disposición inmediata de la ley, ya por una declaración de voluntad privada (...), existen las mismas razones para declarar o no necesaria la aceptación del mismo (el favorecido)»⁵⁷. Basta ad-

⁵³ Coincidan en esta objeción tanto ALBALADEJO, «La hipoteca unilateral», *ADC* (1950), p. 64, como ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 602, que sigue a aquél en este punto.

⁵⁴ El que da una garantía real a su acreedor no le hace una donación, ya que éste no se enriquece sino que sólo está más seguro de obtener lo que se le debe (ULPIANO, L.I 19.D, *si quid in fr. patr. XXXVIII, 5*) (CHAMORRO, *op. cit.*, p. 151).

⁵⁵ *Derecho Hipotecario*, IV.I, p. 599.

⁵⁶ MONTEL, *Noviss. Dig. ital.*, VII, p. 745.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 155.

vertir, para comprobar el desacuerdo, que aunque la ley pueda constituirlos por su sola disposición esto no prejuzga que igual pueda hacer la sola voluntad del disponente: a) no todo lo que la ley puede hacer por su sola disposición, sin necesidad de colaboración del afectado, puede lograrlo, sin esa misma colaboración, la voluntad unilateral de los particulares⁵⁸; b) incluso el calificativo «legal», predicado de la hipoteca, no quiere decir tampoco que se constituya directamente por la ley, sino sólo que ésta permite a los beneficiados por ella exigir su constitución (art. 158.II LH).

La razón que a nuestro modo de ver permite fundamentar esta figura es otra: la posibilidad que debe existir de relativizar, cuando nos encontremos en presencia de un negocio cuyos efectos signifiquen un beneficio neto para el destinatario, el principio de no afectación de las esferas jurídicas ajenas sin contar con la voluntad del incidido. Veámoslo.

La autonomía privada es el poder que el Ordenamiento reconoce a los particulares para que éstos puedan atender al gobierno de sus intereses, creando, modificando o extinguendo relaciones jurídicas, siempre que ello no suponga afectar arbitrariamente intereses ajenos a la propia esfera jurídica, perturbando así el conjunto de las relaciones jurídicas interindividuales. Destacan, en esta concepción, dos facetas:

a) De un lado, la autonomía privada como poder que el Ordenamiento jurídico reconoce al individuo para la regulación de sus intereses, a través de negocio jurídico. Este negocio, atendiendo a su génesis, puede ser bi- o unilateral, según que en ella intervengan dos o una sola parte.

b) De otro, el principio de independencia o «intangibilidad»⁵⁹, que veda que alguien pueda ver modificada su propia esfera jurídica contra o sin su voluntad. A éste va re conducido el segundo de los perfiles de la autonomía privada apuntados, el cual, sin embargo —interesa subrayarlo—, no constituye un límite externo, sino un aspecto connatural de la misma.

Se trata de un principio de vigencia general; lo que ocurre es que, mientras que en los negocios bilaterales queda salvado claramente, ya que la incidencia de éstos en la esfera jurídica de cada una de las partes viene justificada por la previa participación de ambas en los mismos, en los negocios jurídicos unilaterales la cuestión no se presenta, por el contrario, tan clara, pues en ellos, por definición, interviene una sola parte. Esta circunstancia es la que nos lleva a considerar que es el temor a que los negocios

⁵⁸ En este sentido, el art. 609 CC señala que «la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren... por la ley...».

⁵⁹ Expresión empleada por DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Nápoles, 1972.

unilaterales se conviertan en instrumentos de arbitraría injerencia en las esferas jurídicas de sujetos ajenos al mismo negocio el que sustenta las teorías que se oponen a admitir la eficacia de la voluntad unilateral y, concretamente en nuestro caso, la constitución de hipoteca voluntaria por medio de acto unilateral del dueño de la finca sobre la que aquélla se vaya a imponer, exigiendo necesariamente, para el nacimiento de ésta, la aceptación (contractual) del destinatario favorecido.

Es preciso, sin embargo, llegado este momento, preguntarnos si admitir, junto a la constitución de hipoteca voluntaria por negocio bilateral, su constitución en base a un acto unilateral del dueño de la finca supone una violación del principio citado en todo caso, si significa una intromisión necesariamente inaceptable en la esfera jurídica del destinatario.

En este sentido, los postulados tradicionales entienden que la falta de aceptación previa, por parte de un sujeto, a la incidencia en su patrimonio de los efectos derivados de un negocio en el que no ha intervenido supone necesariamente, en todo caso, una transgresión de ese principio. Hablamos aquí, volvemos a repetirlo, de «aceptación» en su sentido técnico-jurídico más preciso, es decir, como correspondiente de la oferta: la esencia de esta concepción radica en exigir la intervención del destinatario en el negocio jurídico causante de la modificación que le afecta.

Hoy, sin embargo, parece más acertado admitir —sin que sea éste momento adecuado para entrar en un examen detenido de esta cuestión— que se ha producido un cambio en la forma de entender dicho principio, sobre la base de las siguientes consideraciones⁶⁰:

a) **Carácter de los efectos producidos: plenamente favorables o no⁶¹**

Se entiende que son plenamente favorables al destinatario aquellos que significan conferir al mismo una posición jurídica activa o eliminar una pasiva, o bien mejorar o atenuar, respectivamente, una u otra, toda vez que se operan sin carga o contraprestación alguna. Este carácter de los efectos interesa precisar que viene determinado de forma previa y con una valoración exclusivamente jurídica, no *a posteriori* y mediante consideraciones económicas⁶².

⁶⁰ Esto encuentra reflejo en diversos supuestos concretos y en OJ distintos. Para una exposición más completa y detallada, cfr., en este sentido, DONISI, *op. cit.*, caps. II, III y IV.

⁶¹ DONISI, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

⁶² Es éste, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*La promesa pública de recompensa*, 1985, nota 251), el único punto de vista que el Derecho puede tener en cuenta;

Lo razonable de esta distinción nos parece que permite considerar justificado entender que la «intangibilidad» de las esferas jurídicas individuales deba ser protegida con mayor rigor en el segundo caso que en el primero, en el que resulta hasta chocante hablar de protección. Esta distinción va a desempeñar, como veremos, un papel fundamental en nuestra construcción⁶³.

b) Distinción entre inmisión (en una esfera jurídica ajena) «contra» o «sin» la voluntad de su titular⁶⁴

El tercero, si bien no puede adquirir derechos contra su voluntad, sí podría sin embargo adquirirlos sin la misma; este derecho, en consecuencia, no le es impuesto, ya que puede tanto rehusarlo como no ejercerlo.

c) Principio de economía de medios

La tendencia —fácilmente constatable en la sociedad actual— favorable al empleo de instrumentos más rápidos y menos gravosos lleva a preferir aquellos medios que signifiquen una reducción en el gasto de la actividad jurídica necesaria para la consecución de un fin⁶⁵. Así, no parece descabellado pensar que los titulares estuvieran dispuestos a admitir una flexibilización (por otra parte, relativa) en la «intangibilidad» de sus esferas jurídicas, cuando ello significara una simplificación en los medios necesarios para la realización de sus intereses.

No se intenta aquí, sin embargo, con ninguna de estas consideraciones, negar la existencia (ni en general ni en supuestos par-

apreciar las circunstancias subjetivas que concurren en cada caso no es tarea del legislador y le resultaría imposible. Contra, C. B., «Recensión a Donisi», *ADC* (1973), p. 1162.

⁶³ Con anterioridad a la reforma de 1944 la doctrina intuía ya esta distinción, si bien que no con total claridad. Así, BARRACHINA afirmaba que «éstas (las hipotecas unilaterales) no necesitan... de la aceptación por parte del hipotecario, puesto que quien se obliga es el deudor, y no el acreedor» (*Derecho Hipotecario y notarial*, 1911, p. 209). Por su parte, MORELL, en sus *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1918, p. 182, decía que «en este caso (esto es, cuando la hipoteca era fruto de un acto que expresaba la exclusiva voluntad del dueño de los bienes) la hipoteca es válida, porque para ello basta la voluntad de la única persona que por este acto se obliga».

En estas afirmaciones, aunque no puedan ser aceptadas plenamente, late ese trasfondo válido que ya hemos apuntado: la no necesidad de aceptación viene conectada al hecho de que quien se «obliga» es el deudor, y no el acreedor, i.e., al carácter plenamente favorable de los efectos para el destinatario.

⁶⁴ Fue WORMS el primero que advirtió esta diferencia (*De la volonté unilatérale considérée comme source des obligations*, París, 1891, p. 110).

⁶⁵ DONISI, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

ticulares) de ese razonable principio que estamos considerando, que exige contar en toda adquisición patrimonial con la voluntad del adquirente: lo que se pretende es únicamente delimitar de forma más precisa y ajustada, en función del caso, sus contornos y su operatividad. Y así, partiendo del ya anunciado menor rigor que nos parece debe ser necesario para la protección de la independencia patrimonial de los terceros en el supuesto de que se trate de inmisiones plenamente beneficiosas, creemos posible entender que, en estos casos, el citado principio puede quedar a salvo aun cuando su defensa se articule a través de expedientes distintos del postulado por la tesis tradicional: el destinatario no ha de intervenir necesariamente en el negocio jurídico generador de esos efectos, dando así lugar a un acto bilateral, sino que son posibles otras fórmulas más adecuadas a las circunstancias del caso⁶⁶. Es más, no se pretende siquiera imponer esta relativización con carácter general, sino simplemente exponer que, cuando se dé aquel presupuesto básico —carácter plenamente favorable de los efectos para el destinatario—, será posible pensar en esa flexibilización, en función del caso.

Proyectando ahora lo dicho sobre la concreta figura de la hipoteca, tenemos que ésta puede ser un negocio plenamente favorable en sus efectos para el destinatario, en la medida en que no aparezca enlazada con las diversas estipulaciones de un contrato ni sea garantía obtenida a trueque de otras concesiones o renuncias, haciendo de este modo entrar en su constitución un interés ajeno al del acreedor hipotecario⁶⁷. Y así ocurre que, atendida la peculiar índole de la alteración —plenamente favorable al destinatario— y los diversos criterios que acabamos de afirmar —señaladamente el que distingue entre inmisiones plenamente beneficiosas y las demás—, consideramos fundada la posibilidad, no de excluir, sino de establecer en forma distinta la tutela de la esfera jurídica del destinatario de esta hipoteca: no será forzosamente necesaria la intervención de éste en el negocio de constitución de aquélla, que podrá venir integrado por la sola voluntad del constituyente. Por su parte, la defensa del ya tantas veces

⁶⁶ Con esto basta para rechazar la objeción formulada por C.B.: «... tampoco se atisba cómo el principio de solidaridad pueda aconsejar que se deje al arbitrio individual invadir sin autorización la esfera jurídica ajena...» («Recensión a Donisi», *ADC* —1973—, p. 1161). Ese principio de «solidaridad» es considerado por DONISI como inspirador, en gran medida, del actual desarrollo de la experiencia jurídica, y viene a constituir otro de los puntos de referencia en la construcción de esta autora (*op. cit.*, pp. 95-96); le lleva a considerar anacrónica la tendencia a conservar el principio individualista de la intangibilidad de la esfera jurídica de los terceros en todo caso.

⁶⁷ En este caso, lógicamente —tal como resolvió la DGRN en su Resolución de fecha 14-3-1893—, la hipoteca forma parte integrante de un contrato, y en tal concepto participa de esta misma naturaleza, debiéndose exigir por tanto para su constitución la voluntad de ambas partes contratantes.

aludido principio *invito beneficium non datur* (incluso para lo netamente favorable) se articula en este caso a través de una declaración de voluntad del destinatario, la cual, sin combinarse con la manifestación de voluntad del hipotecante para formar el pretendido contrato constitutivo de la hipoteca, supuesta su inscripción, se limita a autorizar la entrada de la hipoteca en el patrimonio del favorecido⁶⁸. Es por esto que esa declaración, aunque habitualmente llamada «aceptación», no lo es al modo propio de la aceptación integradora —en su encuentro con la oferta— del consentimiento contractual: esa declaración opera en un plano distinto de la del dueño de los bienes; no tiene como término de referencia la voluntad constitutiva del imponente, sino los efectos que derivan de ésta (el derecho ya constituido).

Con esta «aceptación» se trata, por así decirlo, de exigir un acto positivo del favorecido para posibilitar que esta hipoteca pueda entrar en su patrimonio, pero sin que ello suponga dar nacimiento a la hipoteca ni conferir carácter contractual al negocio de constitución de la misma.

Es, en conclusión, la posibilidad de articular la defensa del principio de «intangibilidad» a través de un medio distinto al de su constitución contractual, derivada del carácter plenamente favorable de los efectos, la que permite la constitución unilateral de todo aquello que no grave, perjudique o menoscabe el derecho ajeno. Donde no se trata de obligar sino de atribuir a otros formas concretas de poder, llega a hacerse connatural la eficacia constitutiva de la voluntad unilateral. Nos encontramos ante un acto formado únicamente por la voluntad del hipotecante, en el que ésta tiene consistencia propia y en el cual se halla el *substratum* del efecto querido⁶⁹. Es este negocio el que ha de considerarse como fundamento de esta hipoteca; el beneficiario sólo ha de pro-

⁶⁸ Este criterio es plenamente coincidente con el sostenido por ROCA SASTRE, cuya argumentación seguimos aquí muy de cerca (*Derecho Hipotecario*, IV.I., pp. 596-601). Fue este autor el primero que, en nuestra doctrina, expuso de forma clara esta cuestión del fundamento de la hipoteca unilateral, defendiendo una concepción sustancialmente coincidente ya en la primera edición de su *Derecho Hipotecario*, anterior a la reforma de 1944-46 (1941). Con posterioridad a ésta ha sido adoptada por numerosos autores, de modo tal que hoy puede considerarse dominante.

⁶⁹ Esto es lo que aquí ocurre, siendo así que, por otra parte, tampoco parece que debiera considerarse como un supuesto excepcional. En este sentido, DÍEZ-PICAZO señala que «cabe observar que el ámbito de aplicación de la idea de negocio jurídico en materia de derechos reales desborda el plano de los negocios bilaterales o contractuales... Es clara la posibilidad de constitución de derechos reales... por virtud de negocios jurídicos de carácter unilateral. El negocio jurídico testamentario es cauce idóneo para constituir derechos reales. Los derechos reales pueden existir también y nacer a la vida por obra de la voluntad unilateral manifestada en medio de un negocio *inter vivos*» (señalando como ejemplo más palpable, tal vez por venir expresamente recogido a nivel positivo, la hipoteca unilateral). (*Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, II, pp. 104-105.)

nunciarse manifestando su conformidad con que esa hipoteca, ya nacida, se introduzca en su patrimonio, o su rechazo⁷⁰.

Queda claro, así pues, llegado este momento, nuestro planteamiento en relación con la fundamentación de esta figura. Aun admitiendo como probable que la intención del legislador, al tiempo de redactar el 138.2 LH, no fuera ésa, es igualmente innegable que la letra del precepto, tal como en definitiva resultó, no cerraba las puertas a la posibilidad de la hipoteca unilateral por acto *inter vivos*, lo que dio pie a un proceso de reflexión sobre esta posibilidad, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, que desembocó en una sólida argumentación de la misma: es el carácter plenamente favorable de la hipoteca para su destinatario el que permite no exigir la intervención de éste en el negocio para su constitución; son, por tanto, los principios del sistema —en particular las posibilidades de actuación que deben reconocerse a la voluntad individual— los que abogan en favor de esta figura. Esto, por otra parte, no supone en modo alguno una vulneración de la independencia patrimonial de ese sujeto, que, como ya se ha dicho, queda garantizada a través de su declaración de voluntad, la cual, repetimos, aunque usualmente venga denominada «aceptación» no puede confundirse con la aceptación de carácter contractual, de la que difiere profundamente.

Esta construcción fue con el tiempo robusteciéndose de tal manera que el legislador, en la reforma de 1944-46, resolvió consagrarla explícitamente en el actual art. 141 LH. Es lo que vamos a ver a continuación.

4. SU CONSAGRACIÓN EN EL VIGENTE ART. 141 LH. SE RECHAZA LA TEORÍA DE LA «DISOCIACIÓN DE OFERTA Y ACEPTACIÓN»

Dice el art. 141 de la vigente Ley Hipotecaria que «en las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la misma. Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó». Es opinión ampliamente dominante en nuestra doctrina que la reforma de la Ley Hipotecaria

⁷⁰ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 599.

de 1944-46 ha venido a significar en este punto, a través de ese precepto, la confirmación de la posibilidad de esta modalidad de constitución hipotecaria mediante acto unilateral de disposición del dueño de los bienes. Son, por tanto, como ya en un momento anterior dijimos, excepción los autores que con posterioridad a la misma siguen sosteniendo una posición contraria a la admisión de aquélla en nuestro Derecho⁷¹. Aun así, no podemos pasar por ellos sin detenernos a considerar sus razones, lo que nos permitirá, a la vez, hacer algunas reflexiones sobre el significado y alcance que la reforma ha tenido.

Comenzando en este punto con el planteamiento de esa teoría, vemos que estos autores que todavía defienden una solución contraria a la que hoy es mayoritaria entre nosotros coinciden en destacar el importante papel que en esta figura tiene la voluntad del favorecido, lo que señala el propio Lacruz de forma expresa al decir que «del art. 141 LH se deduce la necesidad de aceptación del acreedor para que la hipoteca sea plenamente eficaz»⁷². Y es ésta —decimos nosotros— una apreciación en principio acertada y a la que no habría nada que objetar: siendo la hipoteca un derecho orientado a garantizar un crédito del que es titular el favorecido por ella, y admitiendo que mientras éste no manifieste su voluntad conforme aquélla no podrá decirse perfectamente establecida —por virtud del principio que dispone que para adquirir es necesaria, en todo caso, la voluntad del adquirente—, resulta entonces indudable que en ese estadio no puede hablarse de una garantía plenamente eficaz. Pero esto entendemos que no prejuzga necesariamente la cuestión que ahora estamos planteando con carácter previo, y que puede ser considerada de forma autónoma: si, al amparo de la Ley Hipotecaria vigente, el derecho de hipoteca puede tener su fundamento en un acto negocial integrado sólo por la voluntad del dueño de los bienes sobre que aquélla vaya a establecerse, articulándose la defensa del ya tantas veces citado principio de independencia patrimonial de los sujetos a través de un medio distinto del contractual, pero adecuado a las circunstancias del caso.

La clave viene dada, como dice Roca, por «fijar el verdadero alcance o trascendencia que esta voluntad de aceptación tiene en el proceso constitutivo de la hipoteca, de la cual el acto estableciéndola unilateralmente figura ya registrado»⁷³. Y éste es el punto a partir del cual no coincidimos con estos autores. Para ellos

⁷¹ LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, 1980, pp. 162-163; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, pp. 403-404, 442-443, 860-861, 876-878; ZUMALACÁRREGUI, *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, 1977, pp. 325-333.

⁷² *Op. cit.*, p. 162.

⁷³ *Op. cit.*, pp. 598-599.

el término «aceptación» debe ser entendido en su sentido técnico-jurídico más preciso: voluntad recíproca y coincidente con otra (oferta) con la que se funde para formar contrato, esto es, un negocio jurídico bilateral⁷⁴. La virtualidad que, en opinión de estos autores, debe atribuirse al art. 141 LH es, simplemente, la de disociar los dos momentos consensuales del negocio —oferta y aceptación—, permitiendo su reflejo en el Registro de forma separada, en orden al tiempo, además de establecer el deber para el declarante de no retirar su oferta durante dos meses, a contar desde el requerimiento que haga al favorecido para que manifieste su postura al respecto, y la retroacción de los efectos —que se producen con la perfección del negocio— al tiempo en que la oferta fue inscrita.

En nuestra opinión, sin embargo, esta interpretación debe ser rechazada. Rechazo que resulta, sobre todo, si se intenta una visión global de la ley, un planteamiento amplio de la cuestión, no circunscribiéndola a la letra de ese concreto precepto.

Para demostrarlo procederemos en un doble plano: primero, probando que con el 141 no se quiso sino consagrar y explicitar la posibilidad de la hipoteca unilateral en nuestro Derecho; después, veremos que en ella puede tener encaje perfecto esa «aceptación» que postula el mismo 141 LH.

Por lo que hace a la primera cuestión, hemos visto ya que aunque es probable que la intención del legislador al tiempo de establecer el art. 138 LH no fuera incluir en él al acto unilateral *inter vivos*, la redacción con que en definitiva resultó no permitía excluir sin más esa posibilidad, y que sobre esta base había procedido la doctrina a una tarea de reflexión acerca de esa posibilidad que a la poste desembocó en una sólida fundamentación de la misma, sustentándola en los principios del sistema. La situación en los instantes previos a la reforma de 1944-46 no era ciertamente pacífica, discutiéndose tanto las formas que debían tener cabida en el acto de disposición del dueño de los bienes —*inter vivos, mortis causa*, o de ambas especies— como la eficacia y alcance de éste. Y es que si bien, como ya fue puesto de relieve en su momento, la postura favorable a la admisión del acto unilateral *inter vivos* como forma de constitución de hipoteca voluntaria había ido ganando terreno —hasta el punto de que, en ese momento, era la más numerosa⁷⁵—, las tesis contrarias se

⁷⁴ La opinión de ZUMALACÁRREGUI en este tema, aunque oscilante —unas veces habla de oferta y aceptación, de hipoteca en fase de formación, de reserva de rango...; otras, de «situación jurídica interina cuya solución, alternativa, puede decantarse en uno u otro sentido: o hipoteca o nada»—, entendemos que en definitiva resulta más ajustada a este grupo en que la hemos encuadrado.

⁷⁵ Dentro de esta fundamental coincidencia era posible advertir, sin embargo, una diversidad de tendencias, cada una de las cuales aportaba matices particulares a

encontraban respaldadas por autores de grande y merecido prestigio. El legislador de 1944 hubo de enfrentarse, así pues, a este debate, que ya duraba más de ochenta años. Y en nuestra opinión —coincidimos aquí con el parecer de la inmensa mayoría de la doctrina que con posterioridad a dicha reforma ha escrito sobre el tema—, lo hizo siguiendo esa línea de evolución caracterizada por el robustecimiento conceptual de la figura⁷⁶, en sentido favorable a su admisión, procediendo a refendarla y desenvolverla, lo cual queda evidenciado por los datos siguientes:

a) Los términos en que se expresa el artículo 141 LH que no parecen dejar lugar a dudas respecto de cuál sea la figura tratada: «en las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño...»; «fecha de constitución de la misma»; «... persona en cuyo favor se constituyó».

b) La EM de la Ley, por su parte, no es menos clara al respecto: «Modificaciones de menos trascendencia aparecen en el título de hipotecas, mediante ligeros retoques... en los efectos de las constituidas por acto unilateral del dueño del inmueble, en las que se permite su cancelación...»⁷⁷.

Esto resulta, por otra parte, plenamente coherente con el otro precepto de la ley que también se ocupa de este tipo de hipotecas —el 138—, y siendo este último anterior a la reforma parece lógico, a tenor de lo dicho por el legislador en sus Motivos, dar a aquél una interpretación en línea con éste. En tal sentido, Albaladejo señala que «el legislador, al utilizar las palabras con que realizó el “ligero retoque”, no creyó probablemente, pues si no no habría de “ligero retoque”, que de ellas se serviría la doctrina para fundamentar una nueva teoría»⁷⁸.

Así pues, visto, de una parte, el sólido fundamento en que esta posibilidad se sustenta y, de otra, el significado que, atendidas tanto la letra del precepto como la declarada intención del legis-

la concreta configuración de esta posibilidad: hipoteca sometida a condición suspensiva, la teoría de CHAMORRO y la construcción defendida por ROCA SASTRE.

⁷⁶ Dice, en este sentido, ROCA SASTRE que «con el robustecimiento conceptual de la hipoteca de constitución unilateral obtuvo la misma pleno reconocimiento, en la reforma hipotecaria de 1944-46, entre nosotros» (*Derecho Hipotecario*, IV.I, p. 592).

⁷⁷ Son particularmente expresivas en este punto las consideraciones que hace ALBALADEJO, al decir que «el sentido que creemos tiene el 141 es solamente el de generalizar una norma que aplicada a un caso concreto ya existía, como vimos, en el art. 197 RH (1915), y que venía existiendo desde el art. 112 del de 1870. Que esto que decimos sobre el sentido del 141 de la ley actual es así lo prueba la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1944, al decir: «Modificaciones de menos trascendencia...» O sea, que solamente hay en lo que se refiere a la hipoteca unilateral un ligero retoque, y éste sólo afecta a la cancelación de la inscripción» (*op. cit.*, p. 73).

⁷⁸ ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 73. Se daba así consagración positiva a esta posibilidad que, si bien no había sido impedida por el art. 138 LH, tampoco resultaba en él explícitamente afirmada.

lador al tiempo de su redacción, parece debe darse al art. 141 LH, volvamos ahora al interrogante que formulábamos al principio: ¿Es posible encuadrar en esta construcción la «aceptación» postulada por la ley en el mismo 141? Nosotros creemos que sí. Ciertamente no lo será si entendemos esa aceptación en sentido estricto, como correspondiente de una oferta con la que se conjuga para formar contrato. Pero sí en la medida en que venga concebida como simple conformidad, asentimiento o anuencia del favorecido a que ese derecho, ya constituido sin su intervención, se introduzca en su propio patrimonio, exigida por imperativo del principio que postula que «nadie puede adquirir sin su consentimiento», pero que no se integra con la voluntad del hipotecante ni forma, por tanto, un negocio bilateral.

Esta exigencia encuentra su antecedente, al decir de los autores, en los arts. 112 RH (1870)/197 RH (1915), en los que se establecía que «cuando se constituya una hipoteca a favor del Estado, de Corporaciones civiles o entidades colectivas, sin constar en la escritura su aceptación, se verificará la inscripción; pero sin perjuicio de que después de aprobada la fianza o hipoteca por la autoridad o funcionario a quien corresponda, se haga constar esta circunstancia por medio de nota marginal». Así lo afirma, entre otros, La Rica, al decir que «la innovación principal de la ley de 1944 en este punto consiste en la regulación por vez primera de esta clase de hipotecas, generalizando la doctrina particular reglamentaria»⁷⁹. Conviene, sin embargo, que nos detengamos un momento para reflexionar sobre la evolución seguida en este punto, lo que nos permitirá comprender mejor su significación y alcance.

Las primeras redacciones de la Ley Hipotecaria —1861 y 1869— no contenían entre sus preceptos previsión alguna similar en este sentido, que no llegó a producirse hasta la promulgación del Reglamento Hipotecario de 1870 (art. 112.2). Este, sin embargo, puede observarse que, tal como de su misma redacción se desprende, se circunscribía a hipótesis muy concretas y establecía una regulación singular, determinada, en opinión tanto de la doctrina como de la DGRN, por el especial motivo y naturaleza de esas hipotecas: por regla general se constituían para asegurar la responsabilidad de los empleados en el ejercicio de cargos que llevaban consigo la intervención en el manejo de fondos públicos, de modo que su constitución resultaba requisito indispensable para poder entrar en posesión del cargo o empleo, pero siendo así que no se cumplía el fin de la ley simplemente con que se otorgaran,

⁷⁹ *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria*, 1945, p. 207. A esta opinión se suma abiertamente ALBALADEJO (*op. cit.*, p. 73) y, en general, como decíamos, toda la doctrina: SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 403; DE CASSO, *op. cit.*, pp. 661 y 662; ESPÍN, *Manual de Derecho Civil*, 1985, p. 573; etc.

sino que era preciso que la autoridad encargada, atendido el fin para que se prestaba, conviniera que era bastante⁸⁰.

Es por esto que, a la vista de esas circunstancias, algunos autores interpretaron ese precepto ciñéndose a la letra del mismo y limitándolo, en consecuencia, a los concretos supuestos contemplados⁸¹.

Esta situación fue sin embargo entendida de la siguiente forma: la mayoría de los autores, que, de una parte, se encontraban con que la posibilidad de constituir hipotecas mediante acto unilateral del disponente, sin intervención ni aceptación del favorecido, iba ganando cada vez más fuerza (fundamentalmente por obra de la DGRN), de otra, sin embargo, retrocedían ante el principio que veda la posibilidad de una adquisición sin contar con la voluntad del favorecido. Así las cosas, pretendieron resolver esta cuestión generalizando la particular doctrina reglamentaria —es decir, la necesidad de «aceptación» o «aprobación» del favorecido, que vendría considerada como condición suspensiva del negocio hipotecario, integrado por la sola voluntad del dueño de la finca hipotecante—, lo que permitiría conciliar la validez de estas hipotecas con las exigencias del citado principio, pero alterando con ello, en nuestra opinión, el fundamento de ese requisito: mientras que en el supuesto del RH atendía a calificar la suficiencia o insuficiencia de la garantía ofrecida, la generalización postulada

⁸⁰ En este sentido se pronunciaban, por parte de la doctrina, GALINDO Y DE LA ESCOSURA (*op. cit.*, p. 323) y MORELL (*op. cit.*, pp. 182 y ss.), entre otros. Por parte de la DGRN, cfr. las RR 30 de septiembre de 1872 y 27 de octubre de 1892.

⁸¹ GALINDO Y DE LA ESCOSURA: «nosotros no sólo vemos en él la aplicación de la regla establecida en el art. 138, sino que lo consideramos excepción que lo confirma. Porque en ese párrafo, sentándose la doctrina general de que son inscribibles las escrituras en favor del Estado, aunque no contengan su aceptación, se establece que se haga constar ésta por medio de nota, lo que no se exige para las hipotecas constituidas en favor de particulares» (*op. cit.*, pp. 323 y ss.). También en este sentido se inclina BARRACHINA, *op. cit.*, p. 209.

Es decir, que la «simple aplicación a casos particulares» del principio consignado en el art. 138 LH, tal como apuntaba la R. 25 de junio de 1877 (a la que GALINDO Y DE LA ESCOSURA aludían en el texto antes transcrita), sólo podría predicarse en relación con la primera parte de la norma reglamentaria, pero no con la segunda. Lo cual es lógico porque, como hemos visto, el fundamento a que responde esa exigencia no tendría razón de ser fuera de esas concretas hipótesis. En este sentido la R. 27-10-1892 es particularmente clara en sus afirmaciones, al decir que «la nota de este funcionario (el registrador, que había denegado la inscripción de una hipoteca, entre otras causas, por falta de aceptación del Estado, en cuyo favor se había constituido la hipoteca, que él consideraba necesariamente negocio bilateral) confunde dos actos enteramente distintos, cuales son el de constitución de la hipoteca y el de ser ésta aceptada por el Estado; y de esa confusión dimana el que se exija para el primero la intervención de una persona que sólo para el segundo es indispensable. La escritura no es defectuosa por no haber intervenido en ella el Estado, lo cual no excluye que, una vez inscrita, sea sometida a la aprobación de este Centro, única Autoridad competente para calificar su suficiencia o insuficiencia».

por la doctrina suponía sustentarlo en exigencias derivadas del principio *invito beneficium non datur*⁸².

La citada composición, en cualquier caso, encontró acogida generalizada —al margen de la suerte que corriera la concreta configuración en que aquélla se insertó primero⁸³— en nuestra patria entre los partidarios de esta particular forma de constitución de hipoteca. El legislador de 1944-46, así pues, no hizo sino plasmar en la ley lo que, con arreglo a la creencia dominante en la doctrina favorable a la hipoteca unilateral (mayoritaria ya por entonces), pensó que era la realidad de las cosas, y que ya había sido expresamente establecido en el RH para casos concretos: necesidad de «aceptación» por parte del favorecido, aunque no se trate propiamente de aceptación contractual, ya que no se combina con la declaración de voluntad del hipotecante para formar contrato sino que permanece ajena al negocio constitutivo. Y para ello se sirvió de la formulación contenida en esos preceptos reglamentarios sobre los cuales, precisamente, se había concebido este planteamiento (aunque ya hemos dicho que, en nuestra opinión, aquéllos respondían en principio a un fundamento diferente).

Esta es hoy la creencia prácticamente unánime entre los partidarios de la hipoteca unilateral (que son también mayoría) en cuanto al origen y la razón de ser de este requisito de la «aceptación», y hemos de decir que en verdad no hay razones para negar, a tenor de cuanto ha sido dicho, que sea así.

Se trata, en definitiva, de una posibilidad plenamente fundamentada (en nuestra opinión), y que resulta conforme tanto con la letra del precepto como con la intención del legislador. Por el contrario, la negativa de los autores que ahora estamos considerando no aparece respaldada sino por consideraciones de orden estrictamente terminológico —circunscritas al término «aceptación»—, y en su fondo no late sino aquella idea que ya hemos criticado a los defensores de las teorías contrarias anteriores a esta última reforma hipotecaria: que el Derecho exige la intervención en el negocio de aquellos que vayan a verse afectados por sus

⁸² Muy claramente se observa esto en palabras de MORELL: «Aunque no se trate del Estado o Corporaciones civiles, estimamos pertinente el criterio en que dicho art. 197 (del RH de 1915, sustancialmente coincidente con el 112.2 del de 1870) se inspira. Indiscutible es el derecho de cualquier testador para constituir una hipoteca sobre sus bienes que garantice un legado, un crédito o una pensión sin intervención del favorecido, como indiscutible es el derecho de cualquier persona para asegurar con hipoteca, sin estar obligado a ello y sin que nadie se lo exija, cualquier determinada prestación; pero aun en estos casos ha de dominar el criterio en que se inspira el legislador en materia de herencias y donaciones; nadie está obligado a admitir regalos: la voluntad, consentimiento o aceptación del favorecido es necesaria» (*op. cit.*, p. 182).

⁸³ Nos referimos a la teoría de la hipoteca condicional o sometida a condición suspensiva, de la que nos ocuparemos más adelante.

efectos, porque la independencia patrimonial de éstos sólo resulta respetada a través de negocio jurídico bilateral.

En conclusión puede decirse, con Roca Sastre, que «en la vigente Ley Hipotecaria, y concretamente en su art. 141, han quedado notablemente simplificados los términos del problema que planteaba la admisibilidad de la hipoteca unilateralmente constituida»⁸⁴: el proceso de reflexión iniciado sobre la objetiva amplitud de la literalidad del 138.2 LH ha llevado al robustecimiento conceptual de esta hipoteca, lo que ha permitido que recibiera en el 141 de la vigente ley explícita consagración.

5. CONFIGURACIÓN DE LA HIPOTECA UNILATERAL: EL SUPUESTO GENERAL DEL VIGENTE ART. 141 DE LA LEY HIPOTECARIA

Nos encontramos aquí con una de las cuestiones centrales de esta hipoteca, respecto de la cual no ha habido, sin embargo, coincidencia doctrinal ni jurisprudencial desde la primitiva Ley y que incluso hoy, aun cuando notablemente simplificada, no puede decirse definitivamente establecida. ¿Cuál es la construcción más aceptable en nuestro Derecho, hoy por hoy, de la hipoteca unilateral? Tras la última reforma hipotecaria la discusión se plantea, fundamentalmente, en torno a la siguiente alternativa⁸⁵: de una parte, la concepción que goza del respaldo mayoritario, para la cual hay que estimar que la hipoteca se constituye, nace realmente con la inscripción de la disposición unilateral del dueño de la finca, aunque para su adquisición por el favorecido sea preciso registrar su aceptación, que se configura como *conditio iuris*⁸⁶;

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 591.

⁸⁵ Las otras dos teorías favorables, anteriores a la reforma —hipoteca sometida a condición suspensiva y la de CHAMORRO—, habían sido ya desechadas al acogerse la reforma de 1944-46. En relación con la primera resulta muy provechoso observar, sin embargo, que fueron razones de un orden muy secundario las que llevaron a abandonarla: la aceptación no puede calificarse de condición, pues no se trata de un elemento accidental del negocio establecido por voluntad del disponente, sino de un presupuesto legal o institucional del mismo (es decir, de una *conditio iuris*) (cfr., en este sentido, ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 61-62; y ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 596). Respecto a CHAMORRO y su crítica, cfr. *supra* punto 3; puede destacarse además, tal como hace ALBALADEJO (*op. cit.*, p. 63), que la aceptación de esta hipoteca por el favorecido, que tan importante papel juega en la vigente ley, se esfuma aquí por completo, lo que constituye una circunstancia suficiente, por sí sola, para desecharla.

⁸⁶ Esta construcción es sostenida por los siguientes autores: ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, IV.I, pp. 603-604 (este autor defendió una teoría sustancialmente coincidente ya en la primera edición de esa obra, anterior a la reforma); Cossío, *Lecciones de Derecho hipotecario*, 1945, p. 215; DE CASSO, *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 1951, p. 660, nota 4; SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios*

de otra, la defendida por Albaladejo, en cuya opinión el negocio jurídico unilateral, «aunque es base fundamental de la hipoteca unilateral, no la hace nacer sin más, sino que se requiere para tal nacimiento la registración de la aceptación del favorecido», efecto éste que, por otra parte, se retrotraerá a la fecha de la inscripción⁸⁷ (esa aceptación, no obstante, no forma parte del supuesto de hecho del negocio, sino que es sólo una *conditio iuris* de la que depende la eficacia de aquél).

La más evidente diferencia entre ellas radica, por tanto, en el momento de nacimiento del derecho: anterior o simultáneo (aunque luego se retrotraiga), respectivamente, al tiempo en que hubiera acaecido la «aceptación».

En cualquier caso, para resolver este tema será ineludible tomar en consideración, como punto de partida, los dos elementos que caracterizan esta figura en su hipótesis habitual: el acto unilateral de disposición, por parte del dueño, y el requisito de la «aceptación» del favorecido. Y, en este sentido, procede comenzar recordando que si bien el carácter plenamente favorable al destinatario de los efectos de esta hipoteca es la circunstancia que permite la articulación de su constitución a través de un negocio de génesis unilateral —i.e., sin intervención del favorecido—, también ha de afirmarse la plena vigencia del principio que veda que alguien pueda adquirir derechos contra o sin su voluntad⁸⁸. Es preciso, por este motivo, reconocer al destinatario —ya que, repetimos, en razón del carácter plenamente favorable de esta hipoteca y de la normal disposición de los sujetos a admitir lo beneficioso, no se le ha hecho intervenir en el negocio constitutivo de la misma— una última posibilidad que le permita, para el supuesto de que no quisiera los efectos en cuestión, salvar la indemnidad de su patrimonio, rechazándolos. Este es, ya lo hemos dicho en otras ocasiones, el planteamiento a que nos parece responde el requisito de la «aceptación» del 141 LH. Ahora bien, ¿cuál es su *modus operandi* en este caso concreto? Aquí es donde se producen las diferencias⁸⁹.

Para Albaladejo, constitución y adquisición son momentos que coinciden en la vida de la hipoteca unilateral; aunque el negocio

a la nueva Ley Hipotecaria, 1945, p. 403; ESPÍN, *Manual de Derecho Civil*, 1985, p. 573, etc.

⁸⁷ La hipoteca unilateral, *ADC* (1950), pp. 78 y ss.

⁸⁸ Ya hemos dicho en un momento anterior que nosotros no negamos este principio, sino que únicamente pretendemos delimitarlo en sus contornos más exactos, apreciarlo en su configuración más ajustada.

⁸⁹ Vuelven aquí a ser perfectamente aplicables las palabras de ROCA SASTRE, que afirma que «el problema consiste en fijar el verdadero alcance o trascendencia que esta voluntad de aceptación tiene en el proceso constitutivo de la hipoteca, de la cual el acto estableciéndola unilateralmente figura ya registrado» (*op. cit.*, pp. 598-599).

jurídico unilateral sea la base fundamental de esta hipoteca, no basta por sí solo para hacerla nacer, sino que se requiere para ello la aceptación del favorecido. Esta aceptación —que, como dijimos antes, no forma parte del supuesto constitutivo del negocio, sino que es sólo una *conditio iuris* de la que depende la eficacia del mismo— determinará, así pues, no sólo la adquisición de la hipoteca por el favorecido, sino también su nacimiento, simultáneos, aunque luego, por virtud de la retroacción en los efectos que aquélla lleva aparejada, se considere que se hubieren producido desde la fecha de la inscripción⁹⁰. Se trata, así pues, de una teoría que niega la constitución actual de la hipoteca hasta tanto no haya el favorecido manifestado su voluntad conforme, y que viene forzada por la consideración de que admitir aquélla antes de que ésta se hubiera producido supondría desembocar inexorablemente en la anómala situación de existencia de derechos sin sujeto⁹¹, que ALBALADEJO considera inadmisible en términos generales o, cuando menos, injustificada en este caso⁹².

⁹⁰ *Op. cit.*, pp. 67 y ss. Esa retroacción, por otra parte, viene posibilitada por la existencia misma de la inscripción, que evita así tropezar con la protección que la ley habría de dispensar a los terceros que hubiesen confiado en un Registro en que no hubiera existido semejante inscripción. La misión de la inscripción es, hasta el momento en que la aceptación tenga lugar, reservar un rango, pero no se trata, sin embargo, de una reserva de rango vacía de contenido dispositivo, como le critica ROCA SASTRE (*op. cit.*, pp. 595 y 607), sino de un efecto preliminar y accesorio del principal —la constitución de la hipoteca—, encaminado únicamente a asegurar la eventual producción de éste, que además deriva, como ya hemos dicho, de ese mismo negocio unilateral, cuando se cumpla la *conditio* a que se supedita su eficacia.

⁹¹ *Op. cit.*, pp. 67-69 y 75, de entre cuyas afirmaciones destacamos, a modo de resumen, las siguientes: «De admitir la tesis de que la hipoteca se constituye, es decir, nace por la inscripción de la disposición del dueño de los bienes y se adquiere por la registración de la aceptación, sería preciso admitir que desde un momento hasta otro hay un derecho sin sujeto (...) Todos los posibles sujetos se agotan en estas tres categorías: 1.º el favorecido por la hipoteca; 2.º, el dueño de los bienes; 3.º, un tercero ajeno a ellos. Es claro que no hay tal tercero titular. *No menos ciertamente tampoco lo es el favorecido, puesto que precisamente el problema que estudiamos está creado por la falta de aceptación de ese favorecido, el cual no es todavía titular porque, en tesis general, nadie adquiere sin su consentimiento.* Finalmente, tampoco puede serlo el dueño de los bienes hipotecados, porque en nuestra legislación no se admite la hipoteca como *ius in re propria*. Luego es evidente que si en la hipoteca, antes de la aceptación, hay ya, como creen los que mantienen la teoría del negocio jurídico unilateral constitutivo, un derecho nacido pero no adquirido, ese derecho de hipoteca habrá de ser un derecho sin sujeto.»

⁹² *Op. cit.*, pp. 68-70. La razón de esta inadmisibilidad radica, para ALBALADEJO, no sólo en una cuestión estrictamente verbal —derecho subjetivo implica sujeto, porque sin sujeto no habría derecho subjetivo—, sino que alcanza la esencia misma del derecho subjetivo: siendo éste un poder atribuido a un sujeto, la existencia de este último parece que debe ser presupuesto ineludible. Consciente el autor, no obstante, de lo extremo de este planteamiento, pasa luego a situarse en un plano inferior, desde el que advierte que tanto si se admiten los derechos sin sujeto como si se piensa que en ellos no existe un verdadero derecho sino una situación jurídica sin titular actual pero mantenida en espera del titular futuro, no resulta justificado encuadrar la hipo-

Es ésta, sin embargo, una conclusión a nuestro juicio errónea, consecuencia de haber partido de una base extremosa: nosotros pensamos que admitir la constitución actual de la hipoteca establecida por acto unilateral del dueño de los bienes no se traduce, antes de su aceptación por el favorecido, en esa anómala situación de derechos sin sujeto que Albaladejo critica. Es verdad, ya lo hemos dicho antes, que el principio que establece que nadie puede adquirir derechos contra su voluntad ha de afirmarse como plenamente vigente en este punto y, en consecuencia, ser respetado, de manera que será preciso contar, de algún modo, con la voluntad conforme del beneficiario, pero esto consideramos que no ha de desembocar necesariamente, antes de que ésa se produzca, en esa tal tajante separación «derecho no aceptado-sin titular» frente a «derecho aceptado-con titular»; nada hay en la ley que así lo imponga, al menos de forma evidente, sino que, a nuestro modo de ver, es posible pensar en una solución más correcta y conforme con la realidad⁹³.

Para nosotros, el significado de esa «aceptación» no es dar titular a una hipoteca que no lo tenía —ésta se constituyó en favor de alguien determinado⁹⁴—, sino resolver la situación de incerti-

teca unilateral —como hipoteca ya nacida— en ninguno de ambos supuestos. Y ello porque en ese caso no existen las razones que en otros justifican esa situación excepcional: «si se trata no de hacerlo continuar viviendo (el derecho de que en cada caso se trate), sino de hacerlo nacer —como sucede en la hipoteca unilateral—, ya no hay problema ni necesidad de forzar las cosas, puesto que se puede esperar a que tenga un titular para que nazca, aunque se atribuyan efectos retroactivos a este nacimiento» (*op. cit.*, p. 69). Para ALBALADEJO, por tanto, sólo la preexistencia de un derecho a la desaparición de su titular podría justificar, en determinadas circunstancias, el mantenimiento de aquél hasta la llegada del nuevo sujeto, lo que evidentemente no ocurre en el caso de la hipoteca unilateral.

⁹³ En cualquier caso, desde un punto de vista histórico no serían válidas las consideraciones hechas por ALBALADEJO en apoyo de su concepción del modo de operar de este requisito de la «aceptación». Si consideramos, con él, que el sentido del 141 LH es solamente «generalizar una norma que, aplicada a un caso concreto, ya venía existiendo desde 1870» (*op. cit.*, pp. 73-74), la repercusión que este requisito tiene en la configuración del supuesto no puede entonces, en modo alguno, venir determinada por la idea de la inadmisibilidad de las situaciones de derecho sin sujeto o, al menos, por la conveniencia de evitarlas. Y esto porque al tiempo de promulgarse el RH de 1870 la inscripción hipotecaria no tenía entre nosotros —sin que en esto pueda haber la más mínima duda— carácter constitutivo; habría por consiguiente, de forma inevitable, un espacio de tiempo en el que se produciría una disfunción en este sentido: el que va desde la perfección del negocio a su inscripción en el Registro, ya que la nota en que se hiciera constar la aceptación del favorecido surtiría sus efectos sólo desde la fecha de la inscripción a que se refiriese (art. 112.2 RH), que no es, como hemos dicho, la del nacimiento del derecho.

⁹⁴ Esta inescindible conexión que existe entre *esa hipoteca y ese favorecido* es una circunstancia que, tal vez, no ha sido puesta suficientemente de relieve, y que a nosotros nos parece fundamental. No es posible, por tanto, pensar aquí, ni siquiera remotamente, en la figura alemana de la «deuda inmobiliaria de propietario», y no sólo porque ésta sea excluida, en términos generales, por nuestro Ordenamiento, sino porque en la intención del disponente esa hipoteca va exclusivamente destinada, des-

dumbre, interinidad o pendencia que caracteriza a los primeros momentos de esa hipoteca: mientras el favorecido no haya manifestado su voluntad conforme al ingreso de esa hipoteca (en cuya constitución no ha tenido participación alguna) en su patrimonio, la eficacia del negocio, *que ha de afirmarse desde el primer momento*, no podrá considerarse cierta y definitiva todavía, pues aunque ya hemos dicho que el carácter plenamente favorable de los efectos hace que la aceptación por parte del favorecido sea la actitud «normal», siempre cabe la posibilidad de una voluntad en contra, que es preciso respetar. Así pues, no es que al quedar los efectos del negocio en suspenso, a la espera de la «aceptación» del favorecido, la hipoteca no se haya constituido, sino que, mientras tal aceptación no se verifique, la operatividad del negocio atraviesa una fase interina de eficacia debilitada: nos encontramos en una situación en la que, si bien no puede decirse que el acreedor sea ya definitivo y cierto titular del derecho de hipoteca, ni que el dueño de los bienes esté gravado por aquélla de un modo igualmente cierto y definitivo todavía, creemos que tampoco puede negarse la existencia actual de esa relación, aunque venga encerrada en una situación de pendencia que introduce en ella un dato de incertidumbre o inestabilidad⁹⁵.

Nosotros, sin embargo, aun coincidiendo en lo sustancial con los autores que defienden el nacimiento real o actual de la hipoteca desde el momento de perfección del negocio⁹⁶, vamos no obstante un poco más allá al considerar esa situación interina y, sin hacer tanto hincapié en la contraposición tajante del momento constitutivo frente al adquisitivo⁹⁷, pensamos que esa hipoteca, antes de que el favorecido manifieste su voluntad al respecto,

de el primer momento, a un sujeto concreto, de tal modo que nace a favor de éste, y si por éste mismo es rechazada pierde su razón de ser y desaparece.

⁹⁵ Respecto de lo dicho en la R. 28 de agosto de 1983, en la que se afirma que «la persona o personas a cuyo favor se establece o inscribe tal hipoteca, mientras no la acepte, no adquiere derecho ni obligación alguna», es preciso tener en cuenta que esa afirmación no constituye la *ratio decidendi* del supuesto, sino que con ella se trata simplemente (aunque no sea acertada, a nuestro juicio) de reforzar la idea fundamental —que aparece en otro lugar de la misma resolución— de que el favorecido «carece de toda intervención en la escritura otorgada por el constituyente, por lo que no existe razón que justifique la sujeción de tal escritura a turno de reparto por el simple hecho de que el acreedor favorecido sea una entidad inequivocablemente sometida a turno».

⁹⁶ Son los enumerados en la nota 86.

⁹⁷ Este planteamiento queda perfectamente reflejado en las palabras de Cossío: «es preciso, y ello parece lo conforme con la letra de la ley, admitir que la hipoteca nace por la sola virtud del acto unilateral», aunque «una cosa es que la hipoteca se constituya unilateralmente con plena validez y otra que se adquiera por su destinatario sin mediación de su propia voluntad. Lo que aquí ocurre es que se separan el acto dispositivo de constitución del acto adquisitivo. Sin necesidad de aceptación queda la hipoteca válidamente constituida, pero sólo mediante la aceptación es adquirido el derecho por el acreedor hipotecario» (*Lecciones de Derecho Hipotecario*, 1945, p. 215).

debe entenderse integrada ya de alguna forma en el patrimonio del favorecido, si bien que todavía no de un modo cierto y definitivo, sino inestable y eventual⁹⁸: en caso de que esa voluntad sea favorable, el efecto se consolidará y vendrá a ser pleno y definitivo; en caso contrario, se deshará retroactivamente, como si nunca hubiera existido. Esto nos parece que no siempre se ha visto con total claridad por estos autores, los cuales, centrados en demostrar, primero, la posibilidad en nuestro Derecho de la hipoteca establecida por acto unilateral del disponente, y después, frente a Albaladejo, la constitución actual del derecho aun antes de su aceptación por el favorecido, tal vez no han apreciado exactamente que esto resulta no sólo perfectamente satisfecho con la construcción que acabamos de exponer, sino que ésta es, además —desde nuestro punto de vista—, más plausible que la sustentada en la radical separación «hipoteca nacida pero no adquirida» frente a «hipoteca nacida y adquirida», y que evita cualquier posible objeción que eventualmente pudiera formularse contra la (anómala, aunque posible en algunos casos) situación de desconexión actual entre un derecho y su titular⁹⁹.

⁹⁸ En este sentido pueden reproducirse aquí las palabras de DÍEZ-PICAZO en relación con la situación en la fase de pendencia: «cabe discutir si la condición todavía no producida deja en suspenso el comienzo mismo de la relación obligatoria (aunque DÍEZ-PICAZO hace estas afirmaciones en relación con un negocio productor de obligaciones, y la hipoteca no es un negocio obligacional sino dispositivo, no hay razón para no aplicar el mismo régimen: el mismo autor lo afirma así al decir que esto que señala para la relación obligatoria condicional no es sino aplicación de los principios y reglas generales relativos a los negocios condicionales), de manera que se puede hablar de una suspensión en la vigencia de la relación, y es la aparición del evento condicionante lo que marca el comienzo de la vigencia de la obligación o si, por el contrario, la condición suspende simplemente la eficacia (como dice el art. 1.122 C.c.), y fija por tanto la plena eficacia de una relación que, sin embargo, es ya existente. El problema no parece nítidamente dibujado en nuestro Código civil. Es verdad que en la fase de pendencia *las partes no son todavía plenos titulares de los derechos previstos...* Sin embargo, no cabe negar que *las partes han entrado ya en relación* (en el negocio unilateral de hipoteca no existen, por definición, partes, pero lo importante es destacar que el efecto querido con el negocio se produce desde el primer momento, aunque su eficacia no sea todavía plena y definitiva, sino debilitada e inestable). Por esto, la relación obligatoria condicional existe desde el momento de la celebración del negocio constitutivo, si bien atraviesa en un primer momento una fase interina de eficacia debilitada» [Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, (1983) t. I, pp. 542-543].

Resulta ilustrador, además, observar la semejanza con el régimen expresamente establecido en el C.c. como propio de los legados de cosa cierta y determinada propia del testador (art. 882). Nos ocuparemos de esto con mayor detalle más adelante (cfr. *infra*, punto 6.B).

⁹⁹ Aunque posiblemente resulta más ajustado puntualizar que, de algún modo, en mayor o menor medida, sí parece vislumbrarse esta idea. Así, SANZ FERNÁNDEZ afirma que «el negocio jurídico unilateral de constitución de hipoteca produce por sí plenos efectos como limitación del dominio del deudor; pero para que la hipoteca *ingrese efectivamente* en el patrimonio del acreedor es indispensable su aceptación», y que «la aceptación no añade validez a la hipoteca ya constituida, sino que se limita

La «aceptación» del acreedor no es, así pues, sino un evento futuro e incierto al que se supedita el pleno y definitivo desenvolvimiento de la eficacia del acto unilateral de disposición, la estabilidad de esa hipoteca ya constituida, aunque luego, una vez acaecida ésta, la eficacia retroactiva que la propia ley le atribuye borre todo vestigio de la incertidumbre propia de los primeros momentos, de tal modo que ese derecho de hipoteca habrá de considerarse como si hubiese sido cierto y definitivo desde la inscripción del negocio¹⁰⁰. Y, por su parte, la independencia patrimonial del favorecido queda totalmente garantizada con este planteamiento, pues el eventual rechazo de éste al ingreso de la hipoteca en su patrimonio supone la no verificación de ese requisito que la «aceptación» constituye y, en consecuencia, la frustración e ineficacia del negocio, como si nunca hubiera existido.

Esa «aceptación» supone, en definitiva, un requisito de eficacia del negocio¹⁰¹, con arreglo al cual, de una parte, la hipoteca resulta de rigurosa y propia constitución unilateral —ya que, como hemos dicho otras veces, esa «aceptación» no forma parte del negocio—, pero sin que, de la otra, esto suponga violentar en absoluto el señorío que a todo individuo debe reconocerse sobre su propia esfera jurídico-patrimonial: se trata únicamente de articular la defensa de ésta de un modo más acorde con las circunstancias del caso, dado el significado de la hipoteca para el favorecido y el consiguiente origen no contractual de esta hipoteca en él.

a consagrarse la adquisición del derecho (*op. cit.*, p. 403) —en este sentido preguntamos: ¿es viable un «ingreso no efectivo»?; ¿qué es una «adquisición no consagrada»?; ¿no puede esto significar que aunque, de alguna forma, ha habido ingreso en el patrimonio, éste no es todavía definitivo?—; DE CASSO (*op. cit.*, p. 660, nota 4) opina que la reforma de 1944-46 no ha aclarado resueltamente esta cuestión, recogiendo las opiniones tanto de COSSIO (cfr. *supra*, nota 97) como de ROCA; ESPÍN, por su parte, considera que «aún cuando quede válidamente constituida la hipoteca antes de la aceptación... es evidente que la adquisición para el acreedor del derecho real requiere su aceptación, lo cual plantea la existencia de una situación interina entre la creación de la hipoteca y su adquisición por el acreedor (...) Esta distinción plantea la existencia de una situación interina durante la cual parece que falta el titular del derecho real de hipoteca, situación que no obstante se mantiene ante la expectativa de la ulterior aceptación» (*op. cit.*, pp. 573-574); por último, ROCA SASTRE afirma que «la situación de la hipoteca, mientras pende de la aceptación, puede explicarse a base de la doctrina que admite como posibles las situaciones jurídicas sin titular actual, pero que son mantenidas en espera de titular futuro; la aceptación posterior viene a completar la situación jurídica producida, llenando solamente el hueco de una titularidad virtualmente existente pero vacía de elemento subjetivo actual» (*op. cit.*, p. 600, nota 2).

¹⁰⁰ Es éste, y no otro, el significado que debe darse a la retroacción de que habla el 141 LH. Como dice SANZ, «la circunstancia de producirse los efectos desde la inscripción deriva de la energía constitutiva del acto jurídico unilateral más que de la fuerza retroactiva de la aceptación» (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, 1945, p. 404).

¹⁰¹ ALBALADEJO, aun derivando a su personal y ya criticada tesis, coincide sin embargo en este punto (*op. cit.*, p. 83).

En apoyo de esta construcción de la hipoteca unilateral puede señalarse también la mayor conformidad que presenta con la letra del 141 LH. Desde esta perspectiva terminológica, y considerando el precepto en su conjunto, la conclusión que se desprende es claramente favorable a la tesis que hemos apuntado y contraria a la de Albaladejo, y no sólo por cuanto hace a los términos que más directa e inmediatamente atañen a esta cuestión —«hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca», «fecha de constitución de la misma», «persona en cuyo favor se constituyó»—, sino también en relación con aquéllos que, aunque referidos al campo más específico de los asientos registrales, deben concordar con los primeros: de aceptar la tesis de Albaladejo, y siendo así que el asiento en cuestión no publicaría ningún derecho de hipoteca, sino sólo una expectativa de ella, un negocio que es base para constituirla cuando se verifique el requisito de la «aceptación» a que la supeditaría el 141 de la ley, aquel asiento debería haber adoptado la forma de anotación preventiva y no la de inscripción propiamente dicha, que es la que establece la ley¹⁰². Y, además, ni siquiera es preciso acudir, como hace Roca, a matizar la interpretación en relación con algunas expresiones del precepto que no tendrían encaje perfecto en su construcción —«persona a cuyo favor se establecieron», «persona a cuyo favor se constituyó»—, sino que éstas son perfectamente válidas en sus propios términos¹⁰³.

Por cuanto hace a la naturaleza de ese requisito de eficacia del negocio —la «aceptación»— es usual contraponer, en función de su origen —voluntario o legal—, las categorías de la condición y de la *conditio iuris*: en el primer supuesto, el evento a que se supedita la eficacia del negocio viene establecido por voluntad de las partes; cuando, por el contrario, éste es fruto de una disposición de ley, se habla de *conditio iuris*. Sin que sea éste momento para adentrarnos en el estudio de este tema, y dejando al margen cuestiones tales como la situación de esos requisitos en relación con el supuesto de hecho del negocio, o la posibilidad de su consideración como *species* de un único *genus*, sí conviene sin embargo que nos detengamos un momento a fin de establecer algunas líneas de tratamiento que nos permitan determinar la naturaleza legal o voluntaria de aquéllos, aunque esto no afectará en absoluto

¹⁰² Aunque el argumento literal pueda no ser por sí solo, como se afana en señalar ALBALADEJO, factor decisivo en esta cuestión (*op. cit.*, pp. 70 y ss.), siempre es un dato a tener en cuenta, máxime cuando la dirección en que se orienta es plenamente coincidente con aquélla a que antes habíamos llegado por otros caminos.

¹⁰³ *Op. cit.*, p. 611. La dificultad que este autor encuentra en estas expresiones consiste en que parecen dar por incorporada la hipoteca al patrimonio del favorecido aun antes de su aceptación, cosa que rechaza por entender que esa aceptación marca una radical separación entre derechos adquiridos y no adquiridos.

—es preciso tenerlo en cuenta— a su modo de operar ni a sus efectos.

En este sentido, es preciso resaltar, en primer lugar, que el simple hecho de que en el presente caso el citado requisito venga expresamente recogido en la ley no basta para afirmar, sin más, que se trata de una *conditio iuris*, pues cabe la posibilidad de que nos encontremos ante una condición voluntaria tácita que, considerada como tal por la ley, haya sido explícitamente tomada en consideración por la misma en una interpretación típica de la voluntad del sujeto, lo cual no cambia el carácter voluntario de aquél.

Entrando ahora ya de lleno en la cuestión planteada, y tomando como criterio básico el apuntado por Falzea (que denominaremos del «interés»¹⁰⁴), podemos decir que con el condicionamiento del negocio no se hace sino proceder a la realización de intereses distintos a los estrictamente contemplados en la estructura típica del negocio en cuestión: el evento condicionante se interfiere entre el acto puro y sus efectos típicos para tutelar un sistema de intereses externo que se conectan al supuesto normal. Y así, cuando el interés sea imputable a las partes se hablará de condición voluntaria, y cuando se trate de un interés general o superior, cuya tutela deba ser asignada al Ordenamiento, de *conditio iuris*.

Veamos ahora qué resulta de la proyección de estas ideas a la concreta hipótesis de la hipoteca unilateral. ¿Cuál es el interés actuado con el requisito de la «aceptación» que postula el 141 LH? La respuesta no aparece clara.

Así, de una parte es lógico pensar que el dueño de la finca no quiere constituir esa hipoteca sino en tanto su destinatario vaya a quererla en su patrimonio; se trataría, en consecuencia, de un interés del sujeto (¿acaso supone la exigencia de aceptación por parte del favorecido algo que no esté en la intención del dispónente?) y, por tanto, de una condición voluntaria. Considerese además, en este sentido, la llamativa identidad de régimen que existe entre la hipoteca unilateral y la sometida a condición suspensiva —art. 142 LH—, y el dato de que ésta fue la interpretación de la hipoteca unilateral en la doctrina mayoritaria del siglo pasado.

Pero, por otra parte, también parece innegable que la finalidad que con ese requisito se pretende salvar —el principio que establece que nadie puede adquirir derechos sin el concurso de su voluntad— constituye un principio fundamental cuya salvaguardia debe corresponder, más allá de los concretos sujetos de cada caso, al Ordenamiento jurídico; se tratará, por consiguiente, de un interés superior, general, que llevará a calificar esa «aceptación» de *conditio iuris*.

¹⁰⁴ *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milán, 1941.

Es verdad que, bien mirado, más que intereses distintos e independientes podría decirse que se trata de una misma realidad contemplada desde dos puntos de vista, el del hipotecante y el del Ordenamiento: considérese, en este sentido, que tanto si se toma uno como otro, el otro «interés» queda también satisfecho. En cualquier caso, a nosotros nos parece¹⁰⁵ que la perspectiva que domina, que destaca, es la del interés general; por otra parte, resulta revelador observar que, además de Roca y los demás autores que hoy, después de la reforma, admiten la posibilidad de esta forma de constitución, incluso los mismos defensores de la teoría, en su tiempo tan extendida, que veía en el caso una hipoteca sometida a condición suspensiva, afirmaban que éste no era sino un expediente orientado a garantizar el principio que establece que *nemo nolens acquiri potest*¹⁰⁶. ¿Es posible, en consecuencia, afirmar que nos encontramos ante una condición voluntaria, un elemento accidental del negocio que está en manos del constituyente? Certo que, de hecho, resulta inimaginable pensar que esta previsión pudiera faltar en la intención del disponente, pero, esto no obstante, la importancia, la trascendencia del interés en juego hace que su tutela corresponda al Ordenamiento jurídico, y que no pueda quedar exclusivamente en manos del disponente¹⁰⁷.

A continuación pasamos a ocuparnos de una serie de cuestiones propias de esta figura, las cuales presentan un innegable interés, y respecto de las que no siempre existe un planteamiento pacífico.

A) El requerimiento del 141.2 LH

Puesto que es principio indubitable que nadie está obligado a adquirir derechos contra su voluntad, es claro que la persona llamada a la titularidad de esta hipoteca unilateralmente constituida en su favor «puede rechazarla o renunciarla, no queriendo que la misma se incorpore a los elementos activos de su patrimonio. Cuando esto ocurra, lo procedente será extender el correspondiente asiento de cancelación de la inscripción de hipoteca»¹⁰⁸. Incide esta reflexión en la particular situación configurada por el art. 141 LH: nos encontramos en ella con un derecho que, si bien ya na-

¹⁰⁵ Con todas las reservas posibles, por ser éste un punto cuyo tratamiento aparece conectado a lo que resulte de un planteamiento general de los requisitos de eficacia del negocio.

¹⁰⁶ Particularmente claros en su exposición son, en este sentido, ARAGONÉS (*op. cit.*, pp. 119 y ss.) y MORELL (*op. cit.*, p. 185).

¹⁰⁷ LA RICA parece, sin embargo, no descartar la hipótesis de la condición suspensiva (*op. cit.*, p. 207).

¹⁰⁸ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 611-612.

cido, no puede decirse que sea cierto y definitivo todavía, mientras el llamado a él no manifieste su voluntad conforme. El problema estriba en el hecho de que esta situación interina de hipoteca constituida pero no aceptada, que pesa como gravamen sobre la finca, puede mantenerse por tiempo indefinido —ya que la ley no obliga al favorecido a aceptar en un momento concreto o dentro de un plazo determinado—, siendo así que esta posibilidad parece que ha de estimarse «contraria a los postulados del sistema, a la certidumbre del estado jurídico de la propiedad y a la seguridad de su tráfico»¹⁰⁹. Convendrá, por tanto; adoptar cuantas medidas orientadas a salir de este estado de incertidumbre y pendencia sean pertinentes.

En este sentido, y sobre la base de considerar que el favorecido no ha manifestado (por el momento al menos) su voluntad favorable a admitir en su patrimonio esa hipoteca constituida en su favor, antes de la reforma de 1944-46 el hipotecante podía intentar, en ese estadio intermedio, la cancelación de la inscripción. Para lo cual precisaba, sin embargo, del consentimiento del favorecido, conforme a lo dispuesto en el art. 82 de la ley¹¹⁰; esa pretensión podía, por tanto, quedar frustrada si el llamado aceptaba entonces —para lo que, repetimos, estaba legitimado, pues no existía plazo alguno fijado dentro del cual fuera necesario hacerlo—, pero la situación quedaba despejada, fuera en uno u otro sentido. En caso de que el favorecido no quisiera aceptar pero tampoco otorgar su consentimiento para la cancelación, éste podía ser suplido mediante resolución judicial (art. 82.3 LH).

La llegada de la vigente ley ha supuesto en este punto, por su parte, la adopción de un «específico medio de cancelación, que envuelve algo de consentimiento tácito cancelatorio, por vía de silencio, por parte del acreedor o titular registral»¹¹¹: «si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad de consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó»

¹⁰⁹ LA RICA, *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria*, 1945, pp. 208-209.

¹¹⁰ En este sentido se pronunciaba de forma expresa la R. 31-8-1893: «no es exacto que al prevalecer la doctrina que se está exponiendo se pueda dar en el absurdo de hacer árbitro al dueño de la finca de la cancelación de la hipoteca de que se trata interín falte la aceptación de aquél en cuyo favor fue constituida, y esto como resultado de la combinación del art. 1.257 del Código con el 27 de la Ley Hipotecaria, puesto que rigiéndose el caso del recurso exclusivamente por el derecho hipotecario, cual queda dicho, es llano que la inscripción que se practique, a virtud de la escritura (...) quedará sometida al general y terminante precepto del art. 82 de dicha ley».

¹¹¹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 612. Es éste, dice SANZ (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, p. 618), uno de los medios a través de los cuales se procedió para lograr una de las principales finalidades de la reforma de 1944-46: sanear el Registro, liberándolo de cargas y gravámenes, facilitando la cancelación de algunos asientos, entre ellos éste.

(art. 141.2 LH)¹¹². No se trata aquí de un medio a través del cual se permite al hipotecante que, arrepintiéndose de su decisión constitutiva, pueda escapar a sus efectos, ni tampoco de una acción de rectificación del Registro inexacto, ya que no existe tal inexactitud: son únicamente «razones empíricas encaminadas a evitar que la situación de hipoteca constituida pero sin aceptar se prolongue demasiado, sembrando inseguridad en perjuicio del dueño de los bienes o de posibles terceros» las que llevan a que la ley conceda al dueño de la finca¹¹³ «un medio para compelir al acreedor a que se decida por aceptar o rechazar la hipoteca, precipitando los acontecimientos y despejando la situación»¹¹⁴.

Este precepto, dice La Rica, «es plausible, pues fija indirectamente un plazo para la aceptación». Deja en pie, sin embargo, un problema: ¿qué ocurre si no se practica el requerimiento ni se expresa la voluntad de aceptar? En este caso —perfectamente posible, puesto que el requerimiento viene configurado en la ley como una posibilidad, no como una obligación—, continúa La Rica, «la cancelación no es procedente y la hipoteca subsistirá indefinidamente, como un fantasma incorpóreo capaz de vitalizarse en un momento determinado». La observación es correcta, y por eso este mismo autor reclamaba del RH que «convendría fijar un plazo máximo de uno o dos años, por ejemplo, dentro del cual habría de hacerse constar registralmente la aceptación para que ésta surtiese efecto retroactivo, sin perjuicio de que pudiera aceptarse posteriormente, en tanto no fuera cancelada, pero ya sin ese efecto»¹¹⁵. Se trata, sin embargo, de una solicitud que, aun siendo admisible en cuanto a la finalidad perseguida —sin perjuicio de que en la práctica, como le replica Roca Sastre, la facultad atrí-

¹¹² ROCA, en la nota 1 de la p. últ. cit., observa certeramente que «en rigor no es el dueño de la finca quien cancela, porque el consentimiento cancelatorio sólo puede emanar de la persona a quien la cancelación puede perjudicar. El dueño de la finca sólo puede exigir o reclamar tal cancelación. En este punto el art. 141 de la ley se produce con mejor tecnicismo que el 237 del RH» (en el que se establece que «transcurridos dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca»). El RH, en la primera parte del art. 237, explicita qué es lo que debe decirse en el requerimiento; en la segunda, señala que será preciso, para la cancelación, que el dueño de la finca otorgue escritura pública (lo que no es sino aplicación de la regla general del art. 3 LH y de la especial del art. 179 RH para cancelación de hipotecas). Son, como dice DÍAZ GONZÁLEZ (*Derecho Hipotecario*, 1967, p. 101), normas de carácter notarial.

Por cuanto hace a la aplicación en este punto de esos dos preceptos —141.2 LH y 237 RH—, cfr. las consideraciones hechas por ROCA SASTRE (*op. cit.*, pp. 612-613), de entre las que destacamos la que afirma que, cuando el requerimiento tenga expresa respuesta negativa, no será preciso esperar los dos meses para la cancelación.

¹¹³ Este requerimiento corresponde al dueño de la finca gravada, sea o no el hipotecante, ya que es aquél, y no éste —cuando no se trate de un mismo sujeto—, quien se ve afectado por esta situación.

¹¹⁴ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 614.

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 209.

buida por el 141.2 al dueño de la finca gravada pueda hacerla innecesaria—, es incorrecta en cuanto al modo en que se articula: no es posible atribuir a esa misma «aceptación» una doble y distinta eficacia, según el momento en que se produzca: en un caso con eficacia retroactiva, mientras que en el otro no; dado que la hipoteca nace verdaderamente del acto unilateral del disponente, el rango le viene dado no por la retroacción de los efectos de la aceptación, sino simplemente por el momento de su inscripción¹¹⁶. No puede, por tanto, admitirse esa segunda aceptación de que habla La Rica, que supone una confusión inadmisible: mientras que la primera «aceptación» es la del 141 LH —i.e., de una verdadera hipoteca unilateral, nacida sin intervención del favorecido, que con su «aceptación» sólo hace despejar la incertidumbre que ya hemos visto caracteriza los primeros momentos de esa hipoteca—, la segunda es de naturaleza contractual y vendría entonces a dar vida a una hipoteca hasta entonces no nacida pero, a pesar de ello, inscrita¹¹⁷.

Si se estableciera plazo para aceptar —con el fin de impedir totalmente la posibilidad de que esa situación interina pudiera durar más de lo deseable o admisible—, éste habría de ser uno solo, y además sería preciso concluir que, una vez transcurrido, la hipoteca se extinguiría¹¹⁸.

B) La «aceptación» y su constancia registral; carácter de ésta

El evento a que el art. 141.1 LH se refiere como determinante de la retroacción, ¿es la aceptación o su constancia registral?; en otras palabras, ¿tiene la nota marginal en que aquélla se haga constar carácter constitutivo o bien, siguiendo la regla general en nuestro Derecho, simplemente declarativo?

La doctrina en general¹¹⁹ se pronuncia clara y tajantemente en favor del carácter constitutivo de la nota en todo caso, sobre la

¹¹⁶ Cfr. *supra*, nota 100.

¹¹⁷ Pero no se trataría siquiera de una situación derivada del principio de consentimiento formal —al margen de que, como ya antes dijimos, los principios registrales de nuestro Derecho no permiten dar acogida a éste—, en que la hipoteca, una vez nacida —para lo cual se requiere el acuerdo de las partes—, lo haría con el rango correspondiente al asiento sobre el que se apoya (cfr. JERÓNIMO GONZÁLEZ, «Principios hipotecarios», en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, 1948, p. 413). Nos encontraríamos ante una simple oferta de hipoteca —para cuya publicación no es el Registro lugar adecuado— cuyos efectos sólo se producirían a partir de la fecha de perfección del contrato: es la concepción que fue defendida por la STS 4-10-1915, unánimemente criticada por la doctrina desde todos los puntos de vista.

¹¹⁸ Para ROCA este plazo lo sería de caducidad de la inscripción (*op. cit.*, p. 614, nota 2).

¹¹⁹ LA RICA, *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria*, 1945, p. 208; SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, 1945, p. 404; ROCA, *op. cit.*,

base de la letra del precepto, que establece que «la aceptación... se hará constar en el Registro por medio de *nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán...*», y que «*si no constare la aceptación* después de transcurridos dos meses a contar desde el requerimiento... *podrá cancelarse la hipoteca*».

Roca Sastre, además, conecta este tema con el de la inscripción en la hipoteca, afirmando que «la registración de la aceptación es cosa obligada por el carácter constitutivo de (la inscripción en) la hipoteca», y que «en ésta la inscripción es constitutiva en todo, incluso en lo que afecta a su titularidad activa»¹²⁰. Es éste, sin embargo, un argumento cuya aplicación al caso resulta, de cualquier modo, inadecuada: aun admitiendo ahora el carácter constitutivo de la inscripción para la hipoteca —planteamiento éste que, aunque ampliamente dominante en nuestra doctrina, no puede decirse del todo pacífico¹²¹—, éste quedaría cumplido, en el caso de la hipoteca unilateral, sin necesidad de inscribir la aceptación: lo que el art. 1.875 C.c. establece es que «es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro»; y en la hipoteca unilateral ya hemos visto que la «aceptación» nada tiene que ver con la constitución del derecho.

Ésa es, como hemos dicho, la opinión dominante entre los autores en nuestra patria. Nosotros pensamos, sin embargo, que la cuestión requiere un planteamiento previo, en el que es preciso distinguir netamente dos hipótesis:

1) Cuando no haya habido requerimiento al favorecido para que se pronuncie:

En este caso —perfectamente posible por cuanto que, como ya hemos dicho en un momento anterior, ese requerimiento viene configurado en la ley no con carácter obligatorio, sino meramente potestativo— la «aceptación» del acreedor, aunque necesaria —como exigencia que es, derivada del tantas veces citado principio que exige en toda adquisición la voluntad conforme de aquél respecto del cual esa adquisición se predica—, no precisa de la constancia registral: puesto que, como acabamos de apuntar, lo que con ella se pretende no es sino salvaguardar la independencia de la esfera jurídica de aquél que, sin haber intervenido en el negocio, va a verse afectado por sus efectos, ha de convenirse en que esta finalidad queda sobradamente cumplida con la simple «aceptación», sin que la atribución de carácter constitutivo a la

p. 610; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 83; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, 1981, p. 788, etc.

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 609.

¹²¹ *Vid.*, en este sentido, el trabajo de GORDILLO CAÑAS: *Hipoteca voluntaria: el iter de su formación y determinación de su momento constitutivo*, Academia Sevillana del Notariado, IV, 1991, pp. 318 y ss.

nota en que aquélla se hiciera constar reporte beneficio o utilidad alguna en este sentido.

Es más, a nuestro juicio esa aceptación no tiene que ser siquiera expresa, sino que admite la forma tácita, pudiendo verse incluso implícita en el mismo hecho de ejercitarse la acción hipotecaria: así, es indudable que el ejercicio de una hipoteca presupone su tenencia, y ya hemos dicho que en ésta el dato decisivo viene dado por la voluntad del sujeto, pero ¿acaso no resulta esa voluntad de aceptar evidenciada en aquel hecho?¹²² Esto es, además, conforme con lo dispuesto en la misma ley para la ejecución de hipotecas (art. 131), que no exige sino la presentación del título inscrito de su constitución —que no contiene más que la declaración del constituyente— (igual ocurriría en el caso de no poderse presentar dicho título, en que habría de acompañarse, con el que se presentara, certificación del Registro que acreditará la inscripción y subsistencia de la hipoteca).

Por otra parte, aunque el 141 LH dice que la aceptación «se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la misma» (de la hipoteca), esto puede y debe entenderse, a nuestro modo de ver, como significando que la constancia registral de aquélla —posible siempre a instancia del favorecido, aunque no sea, a nuestro juicio, necesaria en este caso— tendrá lugar por medio de nota marginal, pero no como que ésta sea en todo caso imprescindible. Y la «retroacción de efectos» de que habla ese mismo precepto no resulta inevitable conectarla, incluso desde un punto de vista estrictamente sintáctico, a la nota marginal, sino que también podría referirse a la «aceptación» sin más¹²³; en todo caso, y en razón

¹²² No existen aquí las objeciones que se planteaban tanto en Francia como en Italia —en este último país, con anterioridad a la llegada del vigente código— en este punto: en estos países, aunque se exigía el acuerdo para el nacimiento de la hipoteca, se consideraba que era posible la inscripción previa del acto unilateral del dueño, pudiendo la aceptación resultar de un acto posterior, incluso tácitamente, del hecho de aprovecharse de ella. A esto se contestaba, sin embargo, que no era posible ver una aceptación contractual en ese hecho, ya que éste no era sino ejercicio de un derecho cuya existencia y pertenencia a su titular habían de ser, lógicamente, anteriores. Pero no existen en la hipoteca unilateral, decíamos, estos obstáculos. Y ello porque ya hemos visto que la «aceptación» del 141 LH no debe entenderse como voluntad recíproca de otra —oferta— con la que se integra para formar contrato, sino que es simple conformidad del favorecido al ingreso en su patrimonio de los efectos en cuestión, justificada por el hecho de que éste no ha intervenido en el negocio que los genera, ya perfecto y completo en sí mismo, y con el cual nada tiene que ver; la «aceptación» del 141 se orienta exclusivamente a consolidar unos efectos que no tienen aún carácter cierto y definitivo, pero no a su producción, que es anterior, y con la que nada tiene que ver.

¹²³ Aunque es preciso reconocer como más probable la primera hipótesis, sobre todo si tenemos en cuenta que los arts. 112/197 RH (1870/1915) —de los que ya hemos dicho que parecen ser los antecedentes del 141 de la vigente ley— establecian, después de haber afirmado la inscribibilidad de las hipotecas constituidas a favor del

de su propio significado, la «aceptación» de este derecho por hipótesis ya nacido de negocio unilateral demanda por sí misma la eficacia retroactiva que la ley reconoce a la constatación registral de su producción.

2) Cuando haya habido requerimiento:

En este caso la solución cambia respecto del anterior, debiendo entenderse que ahora se hace necesario que la voluntad conforme del favorecido se manifieste expresamente¹²⁴ y se haga constar en el Registro, de tal modo que, de no hacerse así, la «aceptación» se tendrá por no acaecida, con la consiguiente posibilidad para el dueño de la finca, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo de este mismo artículo, de cancelar la hipoteca¹²⁵. Esta registración por nota marginal de la voluntad favorable del destinatario tiene, en opinión de la doctrina dominante, carácter constitutivo (no de la hipoteca, ya constituida, sino de su aceptación). ¿Es esto indiscutible? Creemos que no. Sin que sea éste momento para tratar con detenimiento el significado de la inscripción en nuestro Derecho, sí podemos decir, no obstante, que esa registración podría ser aquí, más bien, una «carga» impuesta al acreedor; un supuesto, en definitiva, de inscripción no constitutiva sino obligatoria, cuya falta llevará aparejada, en consecuencia, ciertas sanciones: la posibilidad de que la hipoteca sea cancelada. Esto es más coherente con el planteamiento que hemos hecho, basado en distinguir según haya habido o no requerimiento.

Estado o Corporaciones civiles, aunque no constara en la escritura su aceptación, que «aprobada la hipoteca o fianza por la autoridad o funcionario a quien corresponda, se haga constar esta circunstancia por medio de nota marginal. Esta nota surtirá todos los efectos legales desde la fecha de la inscripción a que se refiera». Nosotros nos inclinamos, en todo caso, en favor de una interpretación flexibilizada de la ley en este punto, en el sentido que hemos indicado, lo que resulta plenamente justificado si atendemos a la finalidad que inspira ese requisito de la «aceptación».

¹²⁴ Esta «aceptación» entiende SANZ que, por causa del carácter esencialmente formalista de la institución registral, ha de ser expresa, solemne y pública (*op. cit.*, p. 404). ROCA, sin embargo, discrepa de esta opinión por entender —tal vez con mejor criterio— que si bien es cierto que el registrador necesita, para practicar una inscripción, un documento público del que resulte que dicha aceptación ha tenido lugar, esto no quiere decir que esa aceptación haya de ser expresa y solemnemente declarada, sino que «es admisible el caso de aceptación tácita declarada judicialmente tal, en cuyo supuesto, presentada la ejecutoria en el Registro, no cabe duda de que deberá extenderse la procedente nota marginal» (*op. cit.*, p. 610); o, en el caso de las fianzas de notarios y registradores, la aprobación de éstas por la DGRN constará en documento administrativo.

¹²⁵ Esta cancelación no es, sin embargo, automática una vez hayan transcurrido los dos meses a contar desde el requerimiento que a este efecto se hubiera practicado, sino que deberá ser solicitada por el dueño de la finca. En consecuencia, si éste no lo hiciera podría el favorecido hacer constar válidamente su aceptación aun después del transcurso de los dos meses, e incluso, una vez llegada la obligación garantizada a su vencimiento, ejecutar la hipoteca, no obstante no constar en el Registro la aceptación, siendo preciso ver en esta solicitud de ejecución —tal como ya hemos dicho antes— una voluntad suficiente.

El requisito de la constancia registral aparece, así pues, íntimamente conexo con el requerimiento del 141.2 LH. Éste, decíamos en su momento que no es sino un medio habilitado por la ley en interés del dueño de la finca, que puede así compelir al favorecido para que se pronuncie al respecto, despejando la situación de interinidad que hasta entonces caracterizaba a esa hipoteca y pudiendo, en su caso, desvirtuar *erga omnes* —de igual modo que venía constando su existencia— los efectos de esa hipoteca, cancelándola. A esto podría objetarse: si el interesado en conocer la aceptación es el dueño, ¿por qué se impone su constancia registral, cuando es así que el Registro dice publicidad *erga omnes*? La razón es clara si consideramos la circunstancia de que a la respuesta al requerimiento va conectada la posibilidad de destruir *erga omnes* una situación publicada con igual carácter, y esto ha de hacerse posible sin imponer al dueño de los bienes la difícil (imposible en términos jurídicos) carga que supone la prueba de un hecho negativo, cual sería la no aceptación por parte del favorecido.

A esto puede también añadirse que la natural vocación de la hipoteca a proyectar su eficacia *erga omnes* —esto es, fuera de la relación *inter partes*: en la hipoteca unilateral no habría partes, pero sí en la relación crediticia que con ella se garantiza— hace coherente la exigencia de constatación registral de la aceptación, cuando el dueño de la finca gravada requiera acerca de ella.

Esto creemos que no ha sido visto por los autores que sostienen —sobre una base, por otra parte, de orden casi exclusivamente literal— el carácter constitutivo, en todo caso, de la inscripción en nota marginal de la «aceptación» del favorecido¹²⁶.

Nuestra opinión en este punto es, en resumen, que el requisito a que el art. 141 LH supedita la eficacia de esta hipoteca viene constituido por la simple voluntad conforme del favorecido; la constancia registral de esta voluntad es, simplemente, una carga impuesta por la ley, y ello sólo cuando haya habido requerimiento al favorecido, por parte del dueño, para que se pronuncie sobre la atribución¹²⁷.

¹²⁶ Cfr., en este sentido, los autores citados en la nota 119. No se pronuncian con claridad en este punto ESPÍN, *op. cit.*, p. 574; DE CASSO, *op. cit.*, pp. 661-662; y MORELL, *op. cit.*

¹²⁷ Cfr., en este sentido, DE ÁNGEL YÁGUEZ, que parece llegar a la misma conclusión: «decaída esta forma de intimación que el requerimiento constituye, no se ve el sentido de la necesidad de aceptación» (*op. cit.*, p. 380) (aunque, en rigor, no se trataría de la simple aceptación, sino de la aceptación registrada).

C) Efectos en el estadio intermedio

La hipoteca unilateralmente constituida, una vez cierta y definitiva tras la aceptación del acreedor, produce los efectos de una hipoteca «normal», como si se hubiera constituido por contrato. Ahora bien, media desde el momento de su constitución al de su eficacia definitiva un tiempo en el cual, si bien la hipoteca ya ha nacido y produce ciertos efectos, no lo es menos que éstos no pueden darse en toda su plenitud. Detengámonos un momento a considerarlos, siguiendo para ello el esquema adoptado por Sanz Fernández¹²⁸.

1) ASPECTO ACTIVO DE LA HIPOTECA

La efectiva adquisición de las facultades que por virtud de este derecho nacen a favor de su titular tiene como presupuesto inexcusable, lógicamente, su aceptación por éste; mientras esto no ocurra no podrá hablarse, con arreglo a la construcción que hemos defendido, de un derecho pleno, ni podrá el acreedor actuar como tal. Esto no obstante, interesa que nos detengamos a considerar con algún detalle la situación interina que se produce. Veámoslo.

a) *Acción de devastación*

Sobre la base de la construcción que hemos aceptado para la figura del 141 LH como supuesto de hipoteca *sub conditione* —siendo ésta la «aceptación» del favorecido—, y a tenor de lo dispuesto por el Código civil en su art. 1.121, es preciso reconocer al acreedor hipotecario, aun antes de que hubiera verificado el requisito a que el 141.1 LH supedita la definitiva adquisición de la hipoteca, la posibilidad de ejercitar las acciones que procedan para conservación de su derecho, para asegurar la eventual situación definitiva. Entre estas acciones —que variarán en función del caso— destaca la establecida en el art. 117 LH, conocida con el nombre de acción de devastación.

No tiene, sin embargo, en nuestra opinión, mucho sentido esta posibilidad, dado que en esta hipoteca la eventualidad, la condicionalidad, dependen exclusivamente de la voluntad del acreedor favorecido: ¿no sería más lógico querer esa hipoteca, y por eso defenderla —aunque luego, llegado el momento, no se ejercite si no se quiere—, que ver en esa acción una simple medida de conservación de un derecho aún no cierto y definitivo? En este sen-

¹²⁸ Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria, 1945, pp. 404-406.

tido, estas acciones podrían también entenderse como expresivas de una voluntad favorable del destinatario.

b) *Cesión del crédito hipotecario*

Tomamos aquí como punto de partida la posibilidad que existe, explícitamente señalada tanto en el Código civil —arts. 1.112 y 1.878— como en la Ley Hipotecaria —art. 149.1—, de transmitir los créditos hipotecarios. Y la hipoteca, dado su carácter accesorio respecto del crédito que asegura (art. 1.528), sigue siempre a éste; no es posible, por ello, transmitir una hipoteca aisladamente del crédito que garantiza, ni tampoco éste sin la hipoteca: esto último sólo es posible renunciando a ella, que desaparecerá.

¿Qué ocurre en el caso de la hipoteca unilateral, cuando aún no ha sido aceptada en forma y anotada la aceptación? A nuestro juicio, la solución no difiere de la que acabamos de exponer siguiendo las reglas generales, no obstante tratarse de un derecho que no tiene carácter definitivo, sino que es aún eventual: «el cessionario se subrogará en todos los derechos del cedente» (arts. 149.3 LH y 1.528 C.c.). Recibirá, en consecuencia, ese derecho de hipoteca aún no definitivo, y a él corresponderá, si lo quiere, la verificación del requisito de la aceptación.

La única especialidad viene dada por el tema del requerimiento del 141.2 LH, en el que es preciso distinguir dos supuestos. Si, tal como dispone el 149.1 LH, la cesión es notificada al deudor y es éste, como normalmente ocurrirá, el propietario de la finca hipotecada, en este caso el requerimiento habrá de dirigirse al nuevo titular: esto es lógica consecuencia del significado de esa notificación, que no hace sino poner en conocimiento del deudor la sustitución del cedente por el cessionario¹²⁹. Pero si, por el contrario, esa notificación no se hace, nosotros pensamos que entonces habrá de procederse, por semejanza con lo dispuesto en los arts. 1.527 C.c. y 176 RH, como si la cesión no hubiera tenido lugar respecto del deudor¹³⁰, pudiendo por tanto cancelarse la hipoteca si el requerimiento —dirigido, en consecuencia, al anterior titular— no fuera contestado en forma afirmativa una vez transcurridos los dos meses desde que aquél se practicara, aunque esto

¹²⁹ Éste es el significado que debe darse a este requisito, aun cuando de la letra del precepto pudiera parecer esencial para la cesión.

¹³⁰ No es óbice para esto —aunque pueda ser criticable en un plano de *lege ferenda*— que se hubiera inscrito la cesión, pues ésta no sustituye en este punto a la notificación; el legislador se ha resistido aquí a tratar al deudor cedido como un tercero, manteniendo respecto de él un régimen especial. Así lo dice claramente la vieja STS 11-5-1904, al señalar que la falta de notificación al deudor, hágase o no inscrito la cesión del crédito hipotecario, produce el efecto de no quedar éste obligado con el cessionario.

sin perjuicio, lógicamente, de lo dispuesto en el art. 151 LH. (Este deudor precisa, en cualquier caso, serlo de buena fe: no procedería lo dicho, por tanto, en el caso de que, aun no habiéndosele notificado la cesión, hubiera tenido conocimiento de ella por otros medios; el tercero aquí considerado es un subtipo del más general del 1.164 C.c.)

c) *Ejercicio de la acción hipotecaria*

Esta cuestión ha sido ya tratada y resuelta al ocuparnos de la aceptación: es perfectamente posible ejecutar la hipoteca aun no constando registralmente la aceptación, que puede verse implícita en ese mismo hecho. Esto es posible a veces incluso si ha habido requerimiento al favorecido por parte del dueño de la finca gravada: éste sólo determinará que la respuesta favorable de aquél haya de hacerse constar registralmente en nota marginal, y que la falta de ésta, transcurridos dos meses desde el requerimiento, permita al dueño darla por no acaecida, pudiendo, en consecuencia, cancelarla. Pero esto es sólo una posibilidad, que no ocurre de forma automática: si el requirente, no obstante no constar la aceptación, no exige la cancelación, permite con ello que la hipoteca continúe existiendo y que, cuando llegue su momento, pueda ser ejecutada, a lo que no habrá nada que oponer.

2) ASPECTO REGISTRAL

En esta situación, dice Roca Sastre que «la hipoteca inscrita se producirá como un gravamen que queda bajo el amparo de los principios del sistema»¹³¹; y Sanz afirma que «todos los efectos que el Ordenamiento Jurídico concede a la hipoteca inscrita se producen aun antes de que medie la aceptación del acreedor»¹³². Estos efectos son:

a) *Prioridad*

El rango de esta hipoteca es el ganado en el momento de su inscripción, sin que a ello afecte en absoluto el tiempo en que se hubiera producido su aceptación: la hipoteca nació realmente entonces, y lo que ésta hace es solamente darle certeza y estabilidad.

¹³¹ *Op. cit.*, p. 608.

¹³² *Op. cit.*, p. 405.

b) *Legitimación*

La presunción del art. 38 LH es perfectamente aplicable a la hipoteca así constituida, en los términos que resulten del Registro, es decir, en el sentido de existir una hipoteca constituida a favor de alguien, pero que mientras no sea aceptada no puede considerarse cierta y definitiva.

c) *Fe pública registral*

¿Es aplicable, en el caso de la hipoteca unilateral, la protección que el art. 34 LH dispensa?

En primer lugar, nos parece que, aun cuando sin aceptación pueda haber prioridad e incluso legitimación, no ocurre igual con la fe pública registral. Sin ella, aunque la hipoteca ya exista, no puede decirse todavía que el favorecido sea pleno titular ni que la adquisición sea cierta y definitiva; y esta adquisición es presupuesto fundamental del 34 LH¹³³. En efecto, aunque lo que el art. 34 LH exige es la inscripción del derecho y, en rigor, en el supuesto de hipoteca unilateral el derecho resulta ya inscrito, las razones de política legislativa que llevaron a imponer ese requisito quizás inclinen a responder afirmativamente, en paralelo con lo dicho al hablar de la carga de la manifestación en forma y anotación de la aceptación. Una vez dicho esto, y sobre la base de esta premisa, volvamos al interrogante apuntado antes, para responder al cual creemos que es preciso distinguir, ya en este primer momento, una dualidad de supuestos:

En relación con un cessionario de este primer favorecido en cuyo beneficio se ha constituido unilateralmente la hipoteca, la aplicabilidad del régimen del art. 34 LH no plantea dudas.

Respecto de ese mismo primer acreedor la cuestión no se presenta, sin embargo, tan clara. Así, de una parte, si la razón de ser de este precepto no es sino proteger a la persona que actúa confiando en los datos que, relativos al dominio o a los derechos reales, el Registro publica, en el caso de la hipoteca unilateral podría pensarse que no existe tal confianza por parte del acreedor

¹³³ En este sentido ROCA SASTRE afirma que «asimismo, por tratarse más bien de un negocio adquisitivo, éste será de tipo bilateral, esto es, de esencia contractual, de suerte que en el supuesto de hipotecas constituidas por acto unilateral del dueño, conforme al art. 141 LH, la adquisición a non domino del derecho de hipoteca no se producirá hasta la aceptación del favorecido» (*Derecho Hipotecario*, I, p. 758). Igualmente SANZ y DE ÁNGEL señalan que «aunque se ataque el contenido del Registro antes de la aceptación del acreedor, éste puede siempre invocar los efectos del art. 34 LH con sólo aceptar la hipoteca a su favor constituida» (SANZ, *op. cit.*, pp. 405-406; DE ÁNGEL, *op. cit.*, pp. 362-363). Esto supone que la adquisición del 34 LH no tiene que ser necesariamente contractual, a pesar de que en su redacción inicial se hablara de contrato y ésta sea, todavía hoy, la hipótesis comúnmente tenida en cuenta.

favorecido que deba ser protegida, ya que éste no interviene en modo alguno en la constitución de esa hipoteca, permaneciendo incluso ajeno al negocio respecto de cuyos efectos la cuestión se plantea¹³⁴. Ahora bien, esto es discutible: considérese el supuesto —particularmente usual en este tipo de hipotecas— de aquel que, esperando obtener un crédito, comienza constituyendo hipoteca, que luego muestra a aquel otro de quien espera conseguirlo con el fin de inclinar favorablemente su ánimo; si éste, a la vista de ella, resuelve concederlo, ¿puede acaso decirse que no actuó sobre la base de la confianza en aquéllo que el Registro publicaba?

Desde el punto de vista doctrinal la cuestión, a pesar de su innegable interés, no aparece tratada de un modo suficiente: Sanz Fernández, De Ángel Yáñez —que le sigue en este punto de forma literal— y Roca Sastre se ocupan de este supuesto específico, y se resuelven en una opinión favorable a ella: «la protección por la misma (por la fe pública registral) se causa también desde la fecha de la inscripción. Aunque se ataque el contenido del Registro antes de la aceptación del acreedor, éste puede invocar siempre los efectos del art. 34 LH con sólo aceptar la hipoteca a su favor constituida»¹³⁵.

A nuestro modo de ver, sin embargo, la respuesta no puede tener un carácter tan absoluto, sino que es preciso proceder a una previa distinción de supuestos según que la concesión de esa hipoteca tenga, en cada caso concreto, carácter oneroso o gratuito¹³⁶. Esto es así porque el art. 34 LH, al enumerar los presupuestos que el tercero adquirente debe reunir para acogerse a su tutela, señala que la adquisición ha de operarse por título oneroso. Lo cual es lógico porque si, como al tratar de la fe pública registral suele afirmarse, la finalidad de la protección dispensada por este precepto no es sino dar seguridad al tráfico jurídico inmobiliario, manteniendo incólumes las adquisiciones hechas por terceros fundadas en la confianza en lo que el Registro publica, el esfuerzo que esto significa, al hacer prevalecer la apariencia registral sobre la realidad jurídica, impone que la adquisición en cuestión lo hubiera sido a título oneroso: la protección al adquirente a título

¹³⁴ En este sentido puede considerarse que, tal como dijimos antes, al redactar el art. 34 de la vigente Ley Hipotecaria el legislador pensaba, con toda probabilidad, en un supuesto de adquisición contractual.

¹³⁵ SANZ F., *op. et loc. cit.*; DE ÁNGEL YÁÑEZ, *op. et loc. cit.* En relación con ROCA SASTRE, *vid.* también *op. et loc. cit.*

¹³⁶ En este sentido señala LACRUZ que, hoy, es común aceptar que los negocios de garantía, por su esencia y función, son indiferentes respecto a la onerosidad o gratuitad. Lo cual no significa que se resistan a adoptar uno u otro carácter, sino que se adaptan por igual a uno u otro, siendo preciso, para calificarlos, indagar caso por caso la razón que justifica su concesión (*La causa en los contratos de garantía*, RCDI, 1981, núm. 544).

gratuito no la demandan las necesidades del tráfico, móvil fundamental de los sistemas hipotecarios¹³⁷.

El problema estriba, pues, en la apreciación de uno u otro carácter, oneroso o gratuito, en cada caso concreto.

La jurisprudencia en este punto no es uniforme en sus planteamientos, oscilando de uno a otro extremo: así, las ya antiguas sentencias de 4-10-1884 y 14-1-1935, entendiendo que las hipotecas que en esos casos se discutían tenían carácter gratuito, las consideraban susceptibles de revocación, mientras que la, más reciente, de 28-3-1988 afirma que «la constitución de hipoteca en garantía de deudas propias, en todo o en parte, difícilmente es concebible como acto gratuito a efectos de la acción revocatoria»¹³⁸.

¹³⁷ «Los adquirentes por causa de liberalidad no deben ser amparados en más de los que sus propios títulos exigieren. Es preferible que el adquirente a título gratuito deje de percibir un lucro a que sufran quebranto económico aquéllos que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del adquirente» (EM de la Ley de 1944).

¹³⁸ En la primera de las sentencias apuntadas se trataba de un caso en el que un acreedor, que había obtenido embargo sobre los bienes de su deudor y anotado el mismo diez días después de haberse tratado, resultaba sin embargo afectado por la hipoteca que en ese interin había el mismo deudor constituido e inscrito, sobre esas mismas fincas, en garantía de una deuda anterior y no vencida que simultáneamente reconoció deber. El acreedor primero presentó demanda solicitando la declaración de nulidad de la hipoteca así constituida, por entender que el embargo preventivo tomado sobre los mismos bienes el día anterior al de otorgamiento de la escritura impedía la constitución válida y legal de la hipoteca, y, subsidiariamente, la nulidad de la escritura de préstamo con hipoteca por haber sido otorgada en fraude de acreedores. El Tribunal Supremo, considerando que la constitución de esa hipoteca había tenido carácter gratuito —por haber sido hecha en garantía de una deuda no vencida—, y que esta circunstancia permitía, con sólo acreditar el perjuicio a los acreedores, presumir el fraude, resolvió revocarla.

La de 14 de enero de 1935 contemplaba un supuesto en el que un sujeto, acuciado por una deuda, había otorgado escritura pública de reconocimiento de deuda en favor de sus dos hermanos, constituyendo a la vez hipoteca sobre varias fincas en garantía de su pago aplazado por un importe tal que hacía imposible la satisfacción del resto de los acreedores, y siendo así que, días después, aquél había sido declarado en concurso de acreedores. Dos de éstos pidieron la nulidad del reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca por simulación o, en su defecto, la rescisión de esos contratos por haber sido celebrados en fraude de acreedores. El TS no admitió la nulidad por falta de causa, pero sí la rescisión por fraude al considerar que el deudor, al reconocer la deuda y garantizarla hipotecariamente, había actuado con fraude pauliano: la hipoteca se había concedido con causa lucrativa, sin contraprestación que le beneficiase y, en consecuencia, podía rescindirse por fraude con arreglo al 1.297.1 CC.

La última de las sentencias señaladas en el texto, la de 28-3-1988 —comentada por el profesor CAPILLA (*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, enero-marzo 1988, núm. 16)—, contemplaba el supuesto de una hipoteca de máximo constituida, en favor de un Banco, en garantía de deudas propias y ajena (de una sociedad anónima), en parte anteriores a la constitución de aquélla y en parte posteriores, y que recaía sobre un conjunto de bienes inmuebles que formaban la totalidad del patrimonio de esta naturaleza del demandado. Nueve meses más tarde se declara el concurso

El núcleo central del problema estriba en el hecho de que, en el negocio unilateral de hipoteca, por su misma esencia, no existe sacrificio por parte del favorecido que compense el beneficio obtenido —en rigor, este favorecido es que ni siquiera ha sido parte en el negocio—, lo que podría hacernos pensar que nos encontramos siempre ante un negocio de carácter gratuito. Esto no obstante, nosotros pensamos que no es éste un planteamiento correcto: desde nuestro punto de vista, para la determinación del carácter oneroso o gratuito de esta hipoteca se ha de atender al complejo unitario que forman, a los efectos que estamos viendo, la hipoteca y la obligación garantizada. Veámoslo, distinguiendo los siguientes supuestos¹³⁹:

c.1. Hipoteca concedida, por el propio deudor o por un tercero, simultáneamente al nacimiento del crédito y como condicionante de su concesión.

En este caso la hipoteca ha de considerarse onerosa puesto que, aunque es cierto que en el concreto negocio hipotecario no existe sacrificio del favorecido que compense el beneficio obtenido, lo contrario debe concluirse si se atiende a ese «complejo» de que hemos hablado antes: el crédito no se habría concedido si el prestamista no hubiera contado con la hipoteca entre las contrapartidas que por aquél obtenía. Por esta razón, mejor que de «onerosidad» podríamos hablar de «reciprocidad», y no predican do ésta del concreto negocio hipotecario, sino refiriéndola a la relación existente entre la hipoteca y la obligación garantizada: nos encontramos ante una operación económica unitaria aunque, por las circunstancias que sean, se articule a través de dos negocios jurídicos distintos. Siguiendo con el ejemplo antes propuesto, es claro que la concesión del crédito aparece directamente conectada a la constitución de esa hipoteca en favor del que lo concede: la confianza de éste en esa circunstancia, fundada en lo que del Registro resulta —pues el hipotecante (el dueño de la finca) aparece con facultades para disponer—, es determinante de su actuación.

de aquel sujeto, instando el acreedor hipotecario, apenas treinta días después de esto, el procedimiento judicial sumario. La sindicatura de la quiebra recurrió solicitando la rescisión de la constitución de la hipoteca y la anulación del juicio de ejecución hipotecaria. Aquí el TS declaró también rescindible el contrato, pero no porque calificara la hipoteca como negocio gratuito —«la gratuitad, en la garantía de deudas propias, en todo o en parte, es difícilmente concebible»— sino porque se trataba de un contrato concertado para que uno de los acreedores prevaleciese sobre los demás, hasta el punto de privarles conscientemente de su posibilidad de cobro: sin esa hipoteca, todos hubieran percibido lo que al rango y proporción de su crédito correspondía, y con ella nada pueden percibir.

¹³⁹ Seguimos aquí muy de cerca el planteamiento adoptado por CAPILLA en el ya citado comentario a la STS 28-3-1988, y luego más extensamente desarrollado por AMORÓS GUARDIOLA en *La causa del crédito hipotecario*, 1990, p. 220.

Será, en consecuencia, aplicable lo dispuesto en el art. 34.1 LH.

c.2. Hipoteca posterior a la obligación garantizada.

Aquí la concesión de hipoteca se considerará onerosa sólo si a cambio de ella obtiene el concedente alguna ventaja —aplazamiento, reducción del tipo de interés, etc.—, lo que implica una modificación o novación del crédito primitivo. De no ser así, el acto habrá de considerarse «gratuito»¹⁴⁰, y las circunstancias que en la hipótesis anterior abogaban por la aplicación de la protección que la fe pública registral significa se vuelven ahora en su contra: aquí la atribución de derecho que esa hipoteca supone no es susceptible de ser enmarcada en una unidad superior en la que resulte equilibrada por una «contraprestación» del favorecido. Por esto resulta aquí justificada la no aplicación del régimen del 34.1 LH, sino del párrafo 3.^º de ese mismo artículo: «los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente».

Por último señalaremos que, en el supuesto de que nos encontráramos con un caso de constitución de hipoteca a través de la cual se pretendiera cometer un fraude —lo que será más sospechoso cuando tal constitución fuera posterior, sin ser debida, al nacimiento de la obligación que con ella se quiere garantizar (que nació por tanto sin ese carácter), o cuando el hipotecante no fuera el deudor y la constituyera gratuitamente¹⁴¹—, serán de aplicación las reglas del 37.4 LH.

6. SUPUESTOS PARTICULARES DE HIPOTECAS UNILATERALMENTE CONSTITUIDAS

Tomando como punto de partida el propio dato legal —art. 141 LH— es su misma redacción, omnicomprensiva y sin limitaciones, la que se presenta como principal argumento en favor de una aplicación generalizada de la regulación contenida en él. Esto no obstante, la existencia de ciertos supuestos que, pese a ser admitidos por la ley de forma inequívoca, no resultan plenamente compatibles con el régimen en él establecido, ha llevado a algunos autores a proceder a una tarea de reflexión sobre su alcance, acotándolo.

Para ello se toma como presupuesto básico la consideración de que el 141 fue concebido pensando fundamentalmente en la

¹⁴⁰ En este sentido, el art. 40.4 de la Ley Hipotecaria de 1861 —hoy desaparecido— consideraba realizadas a título gratuito «las hipotecas voluntarias constituidas para la seguridad de deudas anteriormente contraídas sin esa garantía y no vencidas, siempre que no se agraven por ella las condiciones de la obligación principal».

¹⁴¹ *Vid.* arts. 880.4 Cco y 1.297.1 C.c.

hipoteca ordinaria y en su modalidad *inter vivos*, que era la que, por ser la que se planteaba en la vida real (al menos en la inmensa mayoría de los casos), centraba la atención del legislador de 1944-1946. Y sobre esta base se afirma, con referencia a ese esquema que hemos ya explicitado en las páginas precedentes, que viene manifestado dentro de la teoría de la hipoteca unilateral (que, como hemos dicho, gira fundamentalmente en torno a la hipoteca de tráfico y por acto *inter vivos*), por lo que «no es atrevido opinar que los pronunciamientos deben acogerse con reservas o como sujetos a posibles excepciones. Dicho en otras palabras, el art. 141 ha de ponerse en relación con los principios sustantivos propios de cada modalidad y, por ello, acaso diferentes entre sí (...). Aunque quisieramos dar al art. 141 la mayor generalidad, es obvio que su mandato habría de interpretarse a la luz de las singulares características de cada tipo de hipoteca unilateral»¹⁴².

Nosotros convenimos con este planteamiento, siendo así que, además, estas consideraciones resultan plenamente coherentes con las afirmaciones que ya hemos hecho en momentos anteriores, concretamente con aquélla que señala que la flexibilización de la regla que propugna la necesaria intervención de los sujetos en el negocio, aun en el supuesto de que nos encontremos con un caso de beneficio neto para uno de ellos, no ha de tener lugar de modo rígido, sino que se trata de una *posibilidad que vendrá determinada en su conveniencia y modalizada en su alcance por las concretas circunstancias del caso*. Aplicando esto al concreto caso que ahora nos interesa, podemos afirmar en este sentido que si bien es cierto que, en materia de hipoteca unilateral, la regla general viene dada por lo dispuesto en el 141 LH, también lo es, en nuestra opinión, que en algunos supuestos concretos sus circunstancias particulares fuerzan o aconsejan otras construcciones distintas pero más adecuadas al caso. Lo cual, por otra parte, no ha de considerarse que resulte necesariamente inconciliable con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria sino que, sobre la base de una visión del 141 orientada fundamentalmente a la hipoteca ordinaria y por acto *inter vivos*, creemos que es posible lograr una interpretación armonizadora que, ajustándose lo máximo posible a lo dispuesto en él, respete las singulares características de cada figura en cuestión.

Pasemos ahora, una vez establecidos los presupuestos, a ocuparnos con mayor detenimiento de las excepciones, que en nuestra opinión son las constituidas por la hipoteca en garantía de títulos-valores, la testamentaria y algunas legales.

¹⁴² RICARDO DE ÁNGEL YÁGUEZ, *La hipoteca cambiaria de constitución unilateral*, RCDI, 1979, pp. 379-380. Las reflexiones apuntadas, aunque referidas a un concreto tipo de hipoteca —la cambiaria—, gozan, en nuestra opinión, de una validez de carácter general.

A) Hipoteca en garantía de títulos-valores

Para resolver este supuesto hemos de ser conscientes de su especialidad, que viene marcada por la indeterminación de su titular definitivo, como consecuencia de la incorporación de la obligación garantizada a un título nacido para circular, lo que posibilita la mutabilidad incesante de aquél.

En la doctrina prevalece la opinión de quienes consideran no ser necesaria en estos casos la aceptación expresa y registrada, sino que basta con la simple voluntad conforme del destinatario, que además puede verse implícita o tácita en el mismo hecho de adquirir los títulos.¹⁴³ Es preciso señalar, no obstante, que últimamente han surgido algunas voces en favor de este requisito de la aceptación registrada, si bien que referidas a la hipoteca cambiaria en particular¹⁴⁴. Se engloban aquí, sin embargo, dos cuestiones distintas que es preciso delimitar: de un lado, la posibilidad de regímenes distintos según que la hipoteca asegure títulos a la orden (en particular letras de cambio) o títulos al portador; de otro, la aplicación o no en ambos casos del régimen general sobre registración de la aceptación.

En relación con la primera, decíamos que han aparecido recientemente algunos autores que, admitiendo la no necesidad de aceptación registrada cuando se trate de un supuesto de título al portador, invierten sin embargo este planteamiento —discrepando de lo que hoy puede decirse que es en este punto doctrina prevalente en nuestra patria— cuando ése lo sea a la orden (señaladamente, letras de cambio). El razonamiento en que sustentan su tesis estos autores es el siguiente: la LH, afirman, excusa del dicho requisito de la aceptación registrada cuando se trata de títulos al portador, «como consecuencia de la absoluta imposibilidad de conocer a la persona del acreedor», pero no en el caso de que éstos

¹⁴³ Así lo dice, de forma expresa y contundente, SAPENA: «Consecuencia de esta indeterminación del acreedor es que no se precisa acuerdo para la constitución de la hipoteca, que es de tipo unilateral, sin requerir tampoco la expresa aceptación posterior del acreedor para su perfección (...). Lo cual no quiere decir tampoco que la aceptación no se produzca, sino que lo que no se exige es la aceptación expresa de la hipoteca como derecho independiente del derecho de crédito incorporado al título, y que tampoco se requiere la anotación registral de la aceptación como en el supuesto ordinario de hipoteca unilateral. Pues hay aceptación tácita del tomador en la primera entrega de la letra o bien puede verse, estimándola latente en el interregno, en el hecho de ejercitarse la acción hipotecaria» (*Hipoteca cambiaria*, RDM, 1956, p. 259).

Esta postura fue iniciada por ALBALADEJO (*op. cit.*, p. 83), aunque puede verse un cierto precedente en MORELL (*op. cit.*, p. 185). Es admitida por DE ANGEL YÁGUEZ (*op. cit.*, pp. 379-390) y parece que también por ROCA SASTRE (*op. cit.*, p. 741, nota 1).

¹⁴⁴ GONZÁLEZ PORRAS, *La hipoteca en garantía de letras de cambio*, 1987, pp. 53 y ss. STAMPA, *La hipoteca cambiaria y la jurisprudencia de la DGRN*, RCDI, 1981, p. 1147, nota 14.

lo sean a la orden, «por la sencilla razón de que en éstas (se refieren estos autores a las letras de cambio, como principal exponente de los títulos endosables) el acreedor es conocido siempre que sea firmante de la letra¹⁴⁵.

Este planteamiento no es, sin embargo, desde nuestro punto de vista, convincente. Y para razonarlo entendemos que basta, simplemente, con acudir al propio dato legal —el 154 LH—, que, contrariamente a la interpretación que de él hacen estos autores, a nosotros nos parece evidente que establece un mismo régimen para ambos tipos de títulos y no da pie, en modo alguno, para establecer distinciones.

Esta posición se ve, además, reforzada por la siguiente reflexión, que pone de manifiesto el erróneo enfoque del problema que ese planteamiento supone: que en el caso de títulos al portador el acreedor no sea conocido por el hipotecante mientras que en los endosables no ocurra así en relación con el primer tenedor, es cuestión que podrá afectar al modo de constituir la garantía —forzosamente unilateral en los primeros, posible tanto unilateral como bilateralmente en los segundos—, pero no, al menos directamente, a la exigencia o no de registrar la aceptación por parte del acreedor. La cuestión ahora debatida no es la repercusión que en la constitución de estas hipotecas tenga la peculiaridad que la determinación de uno de los elementos personales de la relación —el acreedor— presenta, sino la incidencia que ésto pueda suponer en la aceptación postulada por el 141.1 LH. Y así, desde esta perspectiva, si en relación con los títulos a la orden la aplicación de lo que ellos consideran ser el régimen general del 141.1 —en concreto, la necesidad de registración de la aceptación— se estima ineludible, hoy por hoy, entre nosotros, será igualmente necesario defender su aplicación extensiva también a los que lo sean al portador, no habiendo razón alguna que justifique la distinción en este punto: el que solicite anotar su aceptación deberá demostrar ser en ese momento legítimo tenedor del título, para lo cual se

¹⁴⁵ Esta idea queda perfectamente reflejada en el texto que transcribimos a continuación: «El art. 154 de la ley, que se suele citar en apoyo de esa no necesaria aceptación, se refiere tan sólo a los títulos al portador, como consecuencia de la absoluta imposibilidad de conocer la persona del acreedor, pero no se refiere a los títulos endosables, por la sencilla razón de que en éstos el acreedor es conocido siempre que sea firmante de la letra (...). Y al no decir nada en contra no cabe prescindir de la aceptación ni de su posterior registración por nota marginal, de acuerdo con lo dispuesto, en términos generales, en el art. 141 de la Ley Hipotecaria. Por todo ello entiendo que en el caso de constitución unilateral de la hipoteca de letra de cambio, si bien sería deseable la no exigencia de aceptación expresa ni de su registración por medio de nota marginal, por el momento, y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, tal cosa no me parece viable. Por una parte el citado art. 141 exige lo uno y lo otro y, de otra, el art. 154 de la misma ley excusa de tal requisito si se trata de títulos al portador, no a los que son a la orden» (GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 54).

estará a lo dispuesto en las leyes de circulación propias de cada tipo —cadena ininterrumpida de endosos, en los que sean a la orden, mera tenencia en los al portador—, pero sin que a esto afecte para nada la cognoscibilidad o no, por parte del hipotecante, de quienes sean en cada momento sus titulares¹⁴⁶.

Pasemos ahora a la segunda de las cuestiones antes apuntadas para el estudio de esta particular figura: el régimen que, por cuanto hace a la registración de la aceptación del favorecido, ha de aplicarse a estos supuestos.

La doctrina mayoritaria considera —ya lo hemos dicho antes— no ser necesaria la registración de aquélla en estos casos, entendiendo que basta con la que puede verse implícita en el mismo hecho de adquirir los títulos garantizados o incluso de ejercitar la acción hipotecaria, aunque es preciso subrayar que esta afirmación no va siempre acompañada de su correspondiente argumentación¹⁴⁷. Esto no obstante, nosotros convenimos con esta opinión, que creemos puede fundamentarse a través de una doble reflexión:

En primer lugar, y atendiendo ahora únicamente a la praxis, mediante la simple aplicación de los presupuestos que, con carácter general, dejamos antes establecidos en este tema¹⁴⁸: el requerimiento del 141.2 LH no tiene aquí posibilidad de aplicación, lo que conlleva la no necesidad (aunque no imposibilidad) de registrar la voluntad conforme del acreedor favorecido¹⁴⁹.

Hemos dicho ya que el 141.2, según se desprende de su simple lectura, consagra un medio de provocación para que la persona en cuyo favor se estableció la hipoteca, sin haber intervenido en el negocio de constitución de la misma, se manifieste aceptándola o rechazándola, y anuda al silencio o a la no constancia registral de la voluntad favorable, transcurridos dos meses desde que aquél se practicara, la posibilidad para el dueño de la finca gravada de cancelarla. Lo cual afecta, lógicamente, a la situación del acreedor hipotecario-titular de la obligación garantizada, pues si, de una parte, su identidad no es normalmente conocida por el hipotecan-

¹⁴⁶ Téngase en cuenta que esa cognoscibilidad de que habla GONZÁLEZ PORRAS en relación con los títulos a la orden es cierta sólo mientras éstos permanezcan en manos del primer tomador.

¹⁴⁷ Sólo SAPENA (*op. et loc. cit.*) y DE ÁNGEL YÁGUEZ (*op. cit.*, pp. 379 y ss.) se detienen en este punto y ofrecen una fundamentación detallada.

¹⁴⁸ Cfr. *supra*, punto 5.B).

¹⁴⁹ En este sentido se pronuncia, a nuestro juicio con total acierto, DE ÁNGEL YÁGUEZ, que interpreta de forma conjunta ambos elementos: «es la propia naturaleza de los títulos —llamados, por definición, a circular, con la consiguiente indeterminabilidad del titular de los mismos— la que hace inviable el requerimiento a que se refiere el párrafo segundo del mismo art. 141; y, decaída esta forma de intimación que el requerimiento constituye, no se ve el sentido de la necesidad de aceptación» (*op. cit.*, p. 380).

Es preciso sin embargo puntualizar que, aunque aquí este autor parece referirse a la simple aceptación, esto ha de entenderse como «aceptación registrada».

te¹⁵⁰ y, de otra, se admite el requerimiento con sus efectos normales, es indudable que aquél vería menguada su seguridad o confianza¹⁵¹. ¿Cómo resolver esta situación?

Un criterio a seguir podría ser el adoptado por el Código civil italiano en relación con las notificaciones y citaciones (aunque sólo para el caso de que se trate de letras de cambio): hacerlo a quien, según el Registro, intervino como tomador al tiempo de constituirse la hipoteca o al endosatario posterior que hubiese hecho constar en él su condición de tal. Pero este criterio, como acertadamente pone de relieve Ricardo de Ángel, «gira alrededor de la conveniencia o favor del deudor, pues de lo que se trata con ese planteamiento es de exonerarle de la difícil —imposible, en términos jurídicos— carga de identificar al tenedor actual de la cambial»¹⁵². Y sin embargo, continúa este autor, la cuestión debe enfocarse también desde el punto de vista del tenedor mismo, ya que admitir aquel criterio podría venir a significar la cancelación de la hipoteca: bastaría para ello con que el requerido —que no sería el tenedor actual del título, desconocido para el deudor por las razones antes apuntadas— no contestara afirmativamente en los términos del 141. Esto, aunque no tuviera repercusión en las relaciones entre el deudor hipotecante y el acreedor que lo fuera en ese momento —ya que el requerido no era el legitimado para contestar, por no ser entonces tenedor de la letra—, sí sería, sin embargo, plenamente eficaz en el terreno publicitario o registral, dando a los terceros la posibilidad de desconocer la subsistencia, en el plano civil, de la hipoteca cancelada y, consecuentemente, de verse liberados de sus efectos.

Por lo tanto, de admitir la posibilidad del requerimiento también en esta concreta modalidad hipotecaria, sería preciso afirmar que sólo podría producir sus efectos —principalmente el de servir de fundamento a la petición de cancelación— cuando se dirija a quien en ese instante sea tenedor de la cambial. Y la realidad demuestra que esto resulta, por causa del normal desconocimiento de quien en cada momento lo es, imposible en la práctica totalidad de los casos¹⁵³: en consecuencia, y a tenor de lo dicho más arriba,

¹⁵⁰ Ya hemos indicado en algún momento anterior que el problema de este tipo de hipotecas —tanto si la obligación garantizada es endosable como si es al portador— radica en el hecho de que su titular, por virtud de la natural aptitud del título para circular y de lo dispuesto en el art. 150 LH, no es normalmente conocido por el dueño de la finca, ya que no consta nominativamente designado en el Registro, salvo en el caso de los endosables y siempre que el título permanezca en manos del primer tomador.

¹⁵¹ DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 383.

¹⁵² DE ÁNGEL, *op. et loc. cit.*

¹⁵³ En los endosables ese requerimiento sería posible en un primer momento, mientras el título permaneciera en manos del primer tomador. Pero ha de tenerse en cuenta que el requerimiento es una posibilidad a la que el hipotecante no está obligado

decaída la posibilidad de esta forma de intimación desaparece también la necesidad de hacer constar registralmente la aceptación. Estas consideraciones que acabamos de apuntar, aunque específicamente referidas a los títulos endosables —y más concretamente a las letras de cambio— son, no sólo también válidas en relación con los títulos al portador, sino incluso más evidentes aún, ya que en éstos ni siquiera el primer titular es conocido.

Por otra parte, esta conclusión encuentra su razón de ser, a nuestro juicio, en la circunstancia que más plenamente define este supuesto: el carácter esencialmente cambiante de su titular, como consecuencia de la natural transmisibilidad de los títulos objeto de esta garantía. En este caso, nosotros pensamos que el citado requisito pierde su razón de ser: éste es propio de una situación en la que el favorecido, determinado desde el primer momento, es persona cierta en su condición estable de tal; pero si éste, por el contrario, cambia incesantemente, ¿no se convertiría la aceptación anotada, en el caso de que ineludiblemente se la exija para la ejecución de la hipoteca, en un mero requisito o exigencia formal de esta última, que de ordinario no sería cumplido sino por el último tenedor, en el instante previo a aquélla, y con este fin?¹⁵⁴ Una aceptación expresa y registrada necesaria sólo tiene sentido en una situación de estabilidad, no en la de vocación de constante cambio que caracteriza a los títulos-valores: en este sentido considérese que —conectando con cuanto hasta aquí ha quedado dicho en relación con el requerimiento—, supuesta su necesidad también en estos casos, la situación interina que la falta de ésta significaría podría alargarse indefinidamente, incluso hasta el último momento, sin que hubiera medio para evitarlo —en ningún caso, cuando se trate de títulos al portador; en la hipótesis habitual y cuantitativamente mayoritaria, si fueran títulos a la orden—. Y una vez llegada la obligación garantizada al término de su ven-

en ese momento, sino que puede intentarlo (tampoco esto es obligatorio) en un momento posterior cualquiera, pero ya con el peligro cierto de que el título haya entonces pasado a otras manos —lo que será la hipótesis normal—, con lo que su pretensión quedará entonces frustrada.

¹⁵⁴ Téngase en cuenta que estas hipotecas se establecen, por causa de la natural transmisibilidad de las obligaciones garantizadas y consiguiente indeterminación de su titular definitivo, en favor de quien en cada momento lo sea legítimamente. Así lo dice expresamente el art. 154 LH en relación con los títulos al portador, pero tanto doctrina como jurisprudencia (de la DGRN) son pacíficas al generalizar esta circunstancia, predicándola también de los endosables (cfr., en este sentido, DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 373; SAPENA, *op. cit.*, p. 258; CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, p. 1571; etc. Por cuanto hace a la DGRN, cfr. las RR 26-10-1973 y 2-9-1983). Es indudable, por consiguiente, que cualquiera de ellos podrá aceptar válidamente, haciendo que la hipoteca tenga plena vigencia desde la fecha de la inscripción; la no aceptación de quien sea primer titular de la obligación garantizada no perjudica, por tanto, la situación de los sucesivos tenedores. Por esto decimos nosotros que, de ordinario, ese requisito no sería cumplido sino en el instante previo a la ejecución y con este fin.

cimiento creemos que sólo cabe entender la situación como ejercicio o no de un derecho que, de alguna manera, ya se tiene, no como voluntades sucesivas pero diferentes de adquirir y ejercitarnos.

En definitiva, nuestra postura en relación con este particular supuesto de hipoteca unilateral queda clara llegado este momento: nosotros pensamos, siguiendo a la doctrina mayoritaria, que «aceptación» existe, pero que no es necesario que ésta se manifieste de forma expresa y sea registrada por medio de nota marginal, sino que basta con la que puede verse tácita o implícita en el mismo hecho de adquirir los títulos o de ejercitarse la acción hipotecaria¹⁵⁵.

Esta conclusión a la que hemos llegado, aunque tal como en su momento apuntamos parece chocar con el propio dato legal (el art. 141), creemos que puede ser salvada acudiendo al planteamiento que, de igual manera, también señalamos entonces: partiendo de la consideración de que el 141 fue concebido pensando fundamentalmente en la hipoteca ordinaria y por acto *inter vivos*, puede afirmarse que la modalidad hipotecaria que ahora estamos considerando no coincide plenamente con el ámbito de aplicación de ese precepto¹⁵⁶. Esto permite entender que la regulación contenida en él es susceptible de ser excepcionada en casos particulares cuando las singulares características de cada tipo de hipoteca unilateral así lo demanden. Es decir, que las específicas características de cada figura tienen una repercusión en la aplicación de este precepto; y esas circunstancias, en el caso presente, inciden en el tema del requerimiento y en el de la registración de la aceptación¹⁵⁷.

¹⁵⁵ La DGRN, en su R. de 23-3-1988, mantiene un criterio coincidente con el que hemos defendido, si bien es preciso reconocer que no parece tener el carácter de *ratio decidendi* del supuesto. En ella se afirma que «las hipotecas constituidas unilateralmente necesitan, como regla general, de la aceptación formal del acreedor y del correspondiente reflejo registral... si bien esta regla quiebra, en particular, cuando se trata de la constitución de hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador».

¹⁵⁶ Esto queda plenamente demostrado en este caso, desde un punto de vista histórico, si se observa que el precepto relativo a la constitución de estas hipotecas —el 154 LH— no contiene ni una alusión siquiera a esa pretendidamente necesaria aceptación expresa y registrada del favorecido, siendo así que este precepto fue introducido por la Ley de 1909, con posterioridad por tanto al RH de 1870, cuyo criterio en materia de hipoteca unilateral (más concretamente, en algunos supuestos concretos de ellas), mantenido igual en el reglamento para la ejecución de esa misma ley (1915), fue el adoptado, generalizándolo, por el vigente art. 141 LH, cuya redacción es la causa del problema. Y la reforma de 1944-46, por su parte, no introdujo ni un matiz siquiera en dicho art. 154, limitándose a transcribirlo y evidenciando así esa falta de atención del legislador para con él —entre otros supuestos de hipoteca unilateral distintos de la modalidad ordinaria y por acto *inter vivos*— que hemos denunciado.

¹⁵⁷ Apunta DE ANGEL YÁGÜEZ, además, otra razón en favor de la no necesidad de aceptación registrada en esta hipótesis: exigirla resultaría, en estos casos de títulos

B) Hipoteca testamentaria¹⁵⁸

Dice el art. 882 C.c., en relación con los legados de cosa cierta y determinada propia del testador, que «el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere». Sigue, por tanto, la estela del derecho romano en este punto (*legados per vindicationem*), estableciendo que la propiedad de la cosa legada (titularidad, cuando se trata de un derecho) pasa automáticamente al legatario sin necesidad de aceptación, aunque esto sin perjuicio del derecho de éste, que más tarde reconoce (art. 888 C.c.), a repudiarla. Tal debería ser, en nuestra opinión, el régimen aplicable, por cuanto hace a su adquisición, a esta modalidad hipotecaria, ya que, de una parte, como derecho real que es, habrá de adquirirse por el mismo mecanismo que el art. 609 C.c. establece para la propiedad y los demás derechos reales: «... por sucesión...»¹⁵⁹ y, de otra, su atribución constituye un indiscutible supuesto de legado.¹⁶⁰

No es éste, sin embargo, el planteamiento admitido hoy entre nosotros por los —por otra parte, ciertamente escasos— autores que se han ocupado del tema¹⁶¹. En su opinión, ha de estimarse aplicable a la hipoteca testamentaria el régimen general establecido en el art. 141 LH en relación con las hipotecas unilateralmente constituidas, «ya que (aquella) no es más que una simple modalidad o manifestación de (éstas)»¹⁶². Lo cual significa, por lo que a nosotros nos interesa, afirmar la ineludible necesidad de esa «aceptación», de tal modo que el derecho de hipoteca, aunque ya nacido, no entra en modo alguno a formar parte del patrimonio del favorecido (el legatario) mientras éste no manifieste positivamente una clara voluntad conforme en este sentido (y ésta sea, además, registrada).

Se trata, no obstante, de una conclusión cuyo fundamento, en nuestra opinión, no reside sino —de igual modo que antes vimos en relación con la hipoteca en garantía de títulos-valores— en un

emitidos en masa, perturbador; no es fácil imaginar, dice, el supuesto de «cientos o miles de obligacionistas acudiendo al Registro para hacer constar su aceptación de una hipoteca que, por principio, se constituyó unilateralmente en su favor por la entidad emisora» (*op. cit.*, pp. 380 y ss.).

¹⁵⁸ Denominamos así a aquella constituida por el testador sobre sus propios bienes, en garantía de un legado o para seguridad del pago de una deuda propia o ajena; no lo es la que el testador ordena que constituya su heredero o legatario.

¹⁵⁹ Así lo entienden también LACRUZ —*Elementos de Derecho civil*, V, p. 316— y SÁNCHEZ CALERO —*Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia (1991) ad art. 882 y autores allí citados—, que incluyen en el campo del art. 882 tanto los legados de cosas como de derechos.

¹⁶⁰ ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, IV.I, p. 616.

¹⁶¹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 616 y ss.; GIMÉNEZ ARNAU, *La hipoteca testamentaria*, RDP, 1945; LA RICA, *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria*, 1945, p. 207.

¹⁶² ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 619.

excesivo apego a la letra de la ley: puesto que la redacción del 141 permite comprender en la generalidad de su expresión tanto los actos unilaterales de constitución *inter vivos* como los realizados *mortis causa*, el régimen contenido en él habrá de ser aplicado a ambos sin distinción, y en su integridad¹⁶³. A este planteamiento, sin embargo, creemos que puede responderse con las mismas consideraciones que hicimos, en su momento, en un plano general: puesto que en el propósito del legislador de 1944-46, que fue el que introdujo el actual 141 LH, la hipoteca testamentaria no constituyó —en nuestra opinión esto es casi seguro¹⁶⁴— preocupación ni problema, centrado como estaba en resolver las cuestiones atinentes a la modalidad *inter vivos*, la aplicación del 141 no deberá ser, por tanto, indiscriminada ni uniformista, sino puesta en relación con los principios sustantivos propios de cada modalidad, que serán los que digan si es o no necesaria esa aceptación así concebida. Y así, considerando la indiscutible naturaleza de legado que esta figura presenta, no vemos razón por la que no deba aplicársele el régimen que en cuanto a adquisición le es más propio: automática a la muerte del testador, sin necesidad de aceptación, aunque con posibilidad de repudiarla¹⁶⁵.

Esta construcción, además, entendemos que es susceptible de ser integrada en gran medida con lo dispuesto en aquellas otras normas hipotecarias que también hacen referencia al tema, particularmente con el mismo art. 141 LH.

Así, en primer lugar, por cuanto hace a la «aceptación» postulada por el art. 141, considérese que si su significado es defender la independencia de las esferas jurídicas individuales, impidiendo que se vean incididas, contra o sin la voluntad de su titular, por los efectos de un negocio en que éste no ha intervenido, esa misma previsión existe en el caso de los legados a través de la repudación (art. 888 C.c.). Es verdad que, aquí, se la articula de un modo no exactamente igual al del 141 —en la hipótesis del legado se

¹⁶³ En este sentido, resulta interesante observar que la opinión de aquellos autores que estamos criticando en este punto no se ve nunca respaldada por una argumentación detallada y expresa, sino que, por el contrario, esos autores se limitan a la afirmación simple y escueta. *Vid.* GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, p. 310; ROCA SASTRE, *op. et loc. ult. cit.*; LA RICA, *op. cit.*, p. 207; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 403, nota 3.

¹⁶⁴ En este sentido se pronuncia también GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, p. 310.

¹⁶⁵ Esta posición encuentra, además, un cierto respaldo histórico si consideramos que la Ley Hipotecaria de 1861 —que, como vimos, admitía, sobre la base del inciso segundo del art. 138, esta hipoteca constituida por acto realizado *mortis causa* (ésta era, además de la interpretación aceptada por los autores de la primera época, la previsible intención del legislador al redactar ese precepto)— no tenía precepto alguno en que poder sustentar la necesidad de esa «aceptación», por lo que es lógico entender que se aplicaría el régimen normal de los legados. Y la modificación de este panorama no parece que entrara, tal como ha sido puesto de manifiesto en diversos momentos, en la intención del legislador al tiempo de proceder a las distintas modificaciones y reformas de la Ley Hipotecaria.

trata de deshacer, con eficacia retroactiva, una transmisión patrimonial ya operada, mientras que en el 141 nos encontramos con una situación caracterizada por la incertidumbre o pendencia en la eficacia del negocio, sobre la que incidirá la voluntad del destinatario, sea en uno u otro sentido, también con eficacia retroactiva—, pero ello no debe suscitar perplejidad, por ser esto lo más conforme con la institución del legado.

Es claro, por tanto, el régimen que en este punto creemos debe aplicarse a la hipoteca testamentaria: adquisición conforme al régimen propio de los legados de cosa cierta y determinada propia del testador, esto es, automática a la muerte del causante (art. 882 C.c.) aunque con la posibilidad de repudiarla mientras no haya mediado efectiva aceptación. Desde esta perspectiva es posible desvirtuar, pensamos nosotros, la objeción que pudiera derivar del Modelo IX de inscripción contenido en el Anexo al RH, que establece que la inscripción de la hipoteca testamentaria (en concreto, la establecida en garantía de rentas o prestaciones periódicas) queda subordinada a la aceptación, contrariamente a lo que sería lógico en el caso del legado: es la posibilidad de una eventual repudiación la que hace que la adquisición no pueda calificarse como definitiva desde el primer momento, pero sin que esto signifique afirmar la necesidad de «aceptación» para adquirir. A lo que en verdad se establece la subordinación no es a la aceptación, sino a la falta o ausencia de repudiación: la aceptación, en el caso del legado, no es sino exclusión o renuncia a la facultad de repudiar; su virtualidad consiste en dejar definitivamente fijada la situación de que se trate, tal como ya está. Lo que aquí ocurre no es sino consecuencia de la influencia ejercida por el régimen propio establecido para la modalidad *inter vivos*, que es la que, repetimos, centraba la atención del legislador de 1944-46.¹⁶⁶

En cuanto al requerimiento previsto por el 141.2 LH en favor del dueño de los bienes-hipotecante con el fin de conseguir que el favorecido se pronuncie sobre la atribución, es éste un punto cuya aplicabilidad a esta hipoteca viene siendo admitida por los autores¹⁶⁷, y hemos de decir que, en verdad, no existen razones que impidan que sea así. Y esto porque ese requerimiento no es sino —ya se ha dicho en momentos anteriores— un instrumento facilitado por la ley que atiende a la conveniencia de dar certidumbre al estado jurídico de la propiedad, despejando situaciones

¹⁶⁶ Desde esta perspectiva puede darse respuesta adecuada a las objeciones que eventualmente puedan formularse contra la postura que estamos defendiendo, como puede ser, entre otras, además del ya aludido carácter omnicomprensivo del 141, la eficacia retroactiva que éste atribuye a la verificación del requisito del 141.1 LH, lo cual parece incompatible con el régimen de adquisición automática a la muerte del testador, sin más.

¹⁶⁷ GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, p. 312; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 619.

interinas o de pendencia, y porque, como acabamos de apuntar, estas situaciones pueden darse no sólo en el caso de constitución por acto *inter vivos*, sino también cuando éste lo sea *mortis causa*: en el primero porque no se sabe si el beneficiario querrá o no los efectos en cuestión, lo que determina esa situación de incertidumbre en relación con la definitiva operatividad del negocio; en el segundo porque la atribución patrimonial, aunque ya operada, puede ser repudiada con efectos *ex tunc*, mientras no haya mediado efectiva aceptación. Queda, así pues, justificado este requerimiento, que deberá atenerse a lo dispuesto en las normas hipotecarias —arts. 141.2 LH y 237 RH— en cuanto a la forma de practicarlo y sus consecuencias¹⁶⁸. La respuesta, en caso de ser favorable, podrá otorgarse en la escritura particional de la herencia o en otra escritura —art. 248.2 RH—, y su constancia registral se ajustará a las líneas que antes expusimos.

De la combinación de estos dos presupuestos resulta, a nuestro juicio, que, en el caso de la hipoteca testamentaria esa «aceptación», como requisito de eficacia del negocio, se aviene mejor, en cuanto a su operatividad, al esquema de las condiciones resolutorias que al de las suspensivas, que es el que hemos defendido para la hipótesis habitual: aquí es la falta de ésta la que permitirá desvirtuar (aunque sólo cuando sea necesaria —esto es, cuando haya habido requerimiento—, sin que venga exigida en sentido positivo), con alcance retroactivo, la eficacia del negocio¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Esta facultad no podrá ser ejercitada, lógicamente, por el causante-constituyente, porque ya falleció, sino que pasará, en la indivisión, a cualquiera de los herederos o al albacea, y, tras la partición, a aquél quien se hubiera adjudicado la finca [ROCA se pronuncia, sin embargo, en contra de la posibilidad de que ese requerimiento pueda ser efectuado por el Comisario contador, por entender que la misión de éste es simplemente la de contar y partir (*op. cit.*, p. 619)]. Nosotros creemos preferible el criterio que hemos expuesto, sostenido por LA RICA —*Comentarios al nuevo RH*, I, p. 289—: aunque la misión de éste sea simplemente contar y partir, la determinación de la situación de la finca —gravada o no— parece indudable que viene a constituir un factor determinante en la realización de aquélla]. En caso de tratarse de una finca legada, la legitimación corresponderá al legatario.

¹⁶⁹ Este régimen que hemos defendido como propio para la hipoteca testamentaria —que no es sino mera aplicación del expresamente dibujado en el Código civil para los legados de cosa cierta y determinada— se nos presenta a nosotros como un punto de referencia fundamental y un cualificado apoyo en favor del modo de entender la situación interina en el supuesto general de hipoteca unilateral (el contenido en el art. 141 LH) que antes defendimos (*cfr. supra*, pp. 88 ss.), puesto que en él se dan las mismas circunstancias definitorias —carácter plenamente favorable al destinatario de los efectos—: el favorecido es titular del derecho de que se trate, que ya ha entrado en su patrimonio, aunque no de un modo cierto y definitivo todavía, por la posibilidad que tiene de rechazar esos efectos, derivada del hecho de que no ha intervenido en el negocio causante de los mismos. Es decir, la declaración de voluntad (no contractual) a través de la cual se articula la independencia patrimonial de estos sujetos, que no obstante no haber intervenido en el concreto negocio van a verse afectados por sus efectos, no debe traducirse en una drástica y tajante separación «derecho nacido pero no adquirido» y «derecho nacido y adquirido», sino que es más correcto entender que

C) Hipotecas legales: por razón de patria potestad y tutela, y en garantía de reservas legales

En estos supuestos de hipoteca, en los que la posibilidad de su constitución por medio de acto unilateral del disponente es incuestionable —«constitución voluntaria», según el art. 267.4 RH— se llega a prescindir absolutamente de toda voluntad del favorecido, tanto contractual-constitutiva como unilateral-adquisitiva. En su lugar opera la declaración judicial de suficiencia (art. 260.2 RH), que nada tiene que ver con el acto constitutivo —que radica exclusivamente en el negocio del disponente—, y que tampoco coincide con la «aceptación» del beneficiario en el supuesto general del 141 LH: la aprobación judicial¹⁷⁰ se dirige a comprobar la suficiencia de la garantía prestada por el obligado *ex lege* a ello, no a tutelar la independencia patrimonial del favorecido.

Esta aprobación, por otra parte, debe constar registralmente, y de modo simultáneo, en el mismo asiento que publica la constitución de la hipoteca (arts. 263.6 y 267.5 RH, y 260 C.c.)¹⁷¹.

lo que ocurre es que la eficacia del negocio, aunque ha de afirmarse desde el primer momento, no es todavía cierta y definitiva, sino que atraviesa una fase de inestabilidad o pendencia, mientras el favorecido no manifieste su voluntad conforme, deshaciéndose retroactivamente en caso contrario.

¹⁷⁰ Esta aprobación adoptará la forma de auto.

¹⁷¹ En relación con la constituida por causa de patria potestad se plantea un problema: el art. 230.4 del RH de 1915 —coincidente con el 267 actual— se refería a la constitución espontánea por el padre o la madre, señalando que ésta se haría con los requisitos del art. 191 LH entonces vigente equivalente al actual 260 del RH— dictado para bienes reservables. El precepto que lo regula del reglamento en vigor no alude, sin embargo, al expediente contenido en la ley al respecto: ¿significa esto que no es necesario ese expediente? ROCA, en la duda, considera preferible inclinarse por su aplicación también en este caso (*op. cit.*, p. 892), lo cual parece razonable.

VIDA JURÍDICA

«FAMILIES ACROSS FRONTIERS» (VIII Congreso Internacional de la I.S.F.L., Cardiff, 30 mayo a 6 junio de 1994)

La *International Society on Family Law* no ha tenido que cavilar mucho para fijar el tema que había de constituir el eje de su VIII Congreso Internacional que estatutariamente celebra cada tres años; hubiera sido probablemente el mismo de no haber coincidido con el Año Internacional de la Familia; sencillamente, correspondía hacerlo en 1994, y adoptó uno, «Las familias a través de las fronteras», que ha resultado muy conforme con la finalidad perseguida por las Naciones Unidas con dicha celebración¹.

Si algo está caracterizando al presente siglo, en el orden familiar, son los grandes flujos migratorios inter e intracontinentales, ya sean debidos a causas coyunturales (guerras, persecuciones políticas, hambre o paro), ya producidos por razones permanentes, no exclusivas de los países del Primer Mundo (desplazamientos por razones de estudio, de negocios, de salud, o simplemente de ocio). Tales desplazamientos terminan por influir, más o menos profundamente, en la unidad familiar, si se la considera integrada, al menos, por padres e hijos, y también, en ocasiones, por los ascendientes y otros parientes.

Tradicionalmente se reservaba al Derecho Internacional Privado la solución de los problemas —poco frecuentes— suscitados por tales movimientos migratorios en el ámbito familiar. Hoy tales normas resultan insuficientes, no sólo por el carácter masivo de los mismos (así Alemania ha duplicado en veinte años el número de extranjeros en su territorio, alcanzado ya el 8 por 100 de su población total, siendo el 6,4 por 100 en Francia, el 6,6 por 100 en Austria y el 16,9 por 100 en Suiza; en 1980 apenas superaron el número de 100.000 las peticiones de asilo político en Alemania, mientras que en 1992 se aproximan al medio millón), sino por la adopción de nuevos problemas que la técnica jurídica occidental no estaba habituada a enfrentar (valides de los matrimonios celebrados según las normas consuetudinarias

¹ Sobre el VII Congreso de la I.S.F.L. (Opatija, 1991) véase mi crónica en «ADC», 1991, p. 1325 ss.

africanas o asiáticas, reconocimiento de instituciones islámicas, legalización en algunos países de las uniones homosexuales, el llamado «turismo pro-creativo» encaminado a países permisivos en el uso de las técnicas de procreación asistida, etc.). Ello ha dado origen a un Derecho Familiar internacional que pugna por extender su radio de acción.

El Congreso se organizó sobre la base de distinguir las Ponencias de alcance general, de las de carácter especializado, funcionando normalmente tres de estas últimas. Por vez primera se aseguró la traducción simultánea inglés-francés en la mayoría de las sesiones. La participación resultó numerosa y variada, por su procedencia (de todos los continentes) y por su especialización profesional (no todos eran profesores universitarios, ni todos juristas, no faltando activas representantes del movimiento feminista).

En cuanto a la temática, hubo coincidencia en concentrarla en varios temas de evidente actualidad: la *adopción internacional* con una Ponencia básica del venezolano prof. Parra Aranguren, que ha intervenido en la elaboración de la Conferencia de La Haya de 1993 sobre el tema, y numerosas aportaciones sobre la cuestión en Grecia, Japón, Alemania y Estados Unidos, incluso con la perspectiva feminista, y un interesante análisis comparativo del prof. puertorriqueño Silva Ruiz, con la Convención Interamericana; el secuestro o rapto internacional de menores, regulado por el Convenio de La Haya de 1980, resulta ser una cuestión de palpable actualidad, que ha originado en USA la creación de un *National Council for Abducted Children*, y que ha tenido interesantes ponencias, además de este país, de Alemania, Francia, Inglaterra, Australia y España; la determinación del concepto jurídico del *beneficio o interés del menor*, que inspira la Convención de los Derechos del Niño, con aportaciones desde perspectivas jurídicas, culturales y religiosas, sumamente variadas; el pluralismo religioso en relación con los problemas familiares que, quizás por vez primera, sale al primer plano de los debates en estos Congresos, y que contó con una interesante Ponencia de Freeman (Londres) sobre *Law, Religion and State*, y aportaciones norteamericanas, inglesas y sudafricanas.

No faltaron los dramáticos testimonios de la actual Presidenta del Instituto Americano del Niño, E. Zamora Chavarria, *A Latin American View of the Rights of the Child*, o la patética confesión de una representante rusa sobre la imposibilidad del Estado de hacer cumplir los Convenios Internacionales firmados por su país en materia de adopción, o el Juez camboyano que dejó de lado su profesión ante la inoperancia de la ley para proteger a los menores, y se dedicó a labores asistenciales (por cierto, que no vaciló en denunciar la «prostitución turística» que fomentan los visitantes europeos en Asia... mientras sus Gobiernos firman solemnes declaraciones sobre los derechos de los menores).

Los congresistas dispusieron de un resumen del centenar de Ponencias o Comunicaciones presentadas al Congreso; ya se comprende que no todas ofrecen el mismo interés ni calidad científica; en todo caso sí conviene destacar que se expusieron una docena de Ponencias-base que suscitaron

amplia y viva discusión, y que buen número de las restantes ofrecen información sobre países sobre los que el jurista español carece habitualmente de referencias. Aunque se enviaron dos Ponencias desde nuestro país, la presencia española en el Congreso se redujo, desgraciadamente, a la de quien firma esta crónica.

Se aprovechó el Congreso para proceder a la renovación de cargos de la I.S.F.L., siendo elegido por amplia mayoría Presidente el prof. alemán Rainer Frank (Freiburg i. Br.) de quien cabe esperar una mayor atención al mundo jurídico latino para compensar la presencia predominante del mundo anglosajón.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

XIV CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO

(Atenas, 31 de julio a 6 de agosto de 1994)

Con una extraordinaria participación de juristas de todo el mundo, siguiendo el esquema habitual al que nos tiene acostumbrados —no en vano estos Congresos han adquirido ya la categoría de «clásicos» de los que se celebran a lo ancho y largo de los cinco continentes— ha tenido lugar, a orillas del *Mare Nostrum*, cuna de la civilización greco-latina, sin la cual el Derecho no sería lo que es, la decimocuarta edición de los Congresos que organiza la Academia Internacional de Derecho Comparado¹.

El programa científico, como en ocasiones anteriores, se ha caracterizado por la variedad y el amplio espectro de las ramas del Derecho a que afectaba:

IA. *Historia del Derecho y Etnología Jurídica:*

1. Continuidad y discontinuidad del Derecho en la época de las Revoluciones sociales;
2. Raíces institucionales de los Derechos occidentales en el Derecho Eclesiástico.

IB. *Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho:*

1. El estilo de las leyes: Normas descriptivas y Normas obligatorias.

IC. *Derecho Comparado y unificación del Derecho:*

1. Utilización del Derecho Comparado por los Tribunales.

IIA. *Derecho Civil:*

1. Tendencias recientes de la prescripción extintiva.

2. Actos ilícitos civiles en masa.

3. Destino de los bienes y pensión alimenticia en el divorcio sin culpa.

4. Las modernas técnicas de transacciones financieras y sus repercusiones en la moneda.

IIB. *Derecho Internacional Privado:*

¹ Sobre el anterior Congreso, *vid. GARCÍA CANTERO, En torno al XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, «ADC», 1990, p. 927 y ss.*

1. El estatuto de los bienes culturales en Derecho Internacional Privado.

IIC. *Derecho Procesal civil:*

1. La negativa a ejercer la competencia jurisdiccional en materia civil y mercantil: *forum non conveniens, lis pendens;*

2. Valor de la prueba testifical en materia civil.

IID. *Derecho Agrario:*

1. Agricultura y medio ambiente.

IIIA. *Derecho mercantil:*

- 1.1. Adquisición de paquetes mayoritarios de acciones de S.A. mediante ofertas públicas de compra o mediante adquisiciones en Bolsa.

2. El secreto bancario y el control del Estado sobre las operaciones de cambio y sobre sus efectos delictivos.

IIIB. *Propiedad intelectual:*

1. Criterios de calificación para la protección de la propiedad literaria y artística.

IIIC. *Derecho del Trabajo:*

1. Derechos colectivos de los trabajadores en los servicios públicos.

IIID. *Derecho Aéreo y Marítimo:*

1. La evolución actual de la forma del conocimiento de embarque.

2. Problemas jurídicos y administrativos de la desreglamentación en materia de transporte aéreo.

IVA. *Derecho Internacional Público:*

1. Derecho Constitucional y Derecho Internacional.

IVB. *Derecho Constitucional:*

1. La legitimidad del Juez Constitucional y la teoría de la interpretación.

2. El principio de subsidiariedad como principio de Derecho Constitucional.

3. Los recientes desarrollos del parlamentarismo.

IVC. *Libertades públicas:*

1. La condición jurídica del refugiado.

2. La libertad religiosa.

IVD. *Derecho Administrativo:*

1. Medidas conservativas y efecto suspensivo en el procedimiento administrativo.

2. Las acciones administrativas informales.

IVE. *Derecho Fiscal:*

1. Los criterios de la relación entre el acto sujeto a imposición y el contribuyente (nacionalidad, domicilio o residencia, o fuente de la imposición).

VA. *Derecho Penal:*

1. Incriminación de los comportamientos colectivos.

2. Sanciones penales alternativas.

3. El terrorismo.

VB. Derecho Procesal penal:

1. Procedimientos sumarios en materia penal.

VI. Bibliografía:

1. Hacia un sistema internacional uniforme de referencias.

VII. Informática jurídica:

1. Utilización de un «sistema experto» en Derecho Comparado.

VIII. Facultad Internacional para la enseñanza del Derecho Comparado:

1. Cláusulas de excepción en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción, o el principio de proximidad.

A la vista de este programa científico se advierte el carácter necesariamente convencional de la división de materias, de modo que un civilista puede interesarse, además de por su sección, por temas incluidos bajo otras rúbricas. En la práctica, el Congreso ha funcionado casi siempre con tres secciones simultáneas, por lo cual las posibilidades de elección eran bastante amplias. Si se juzga el interés suscitado por cada tema por el número de Ponentes nacionales, hay que señalar que bastantes han alcanzado o superado el número de veinte: así la encomendada a Watson, Profesor de la Univ. de Georgia (USA) sobre «Continuidad y discontinuidad del Derecho en la época de las Revoluciones sociales» (23), o la encomendada al prof. Drobnig, Director del Max Plank Instituto de Hamburgo sobre «Utilización del Derecho Comparado por los Tribunales» (21), o al canadiense prof. Hathaway sobre «La condición jurídica del refugiado» (21). Los temas estrictamente civiles lograron lucida participación: 18 ponencias nacionales, la relativa a la prescripción extintiva, a cargo del holandés Hondius; 19, la del prof. Fleming (USA) sobre actos ilícitos en masa, y 20 la del divorcio sin culpa, a cargo de Krause (USA); también estuvo muy concurrida la relativa al Derecho agrario (20). En todo caso, hay que destacar la abundante presencia de congresistas incluso en las secciones con menor número de aportaciones nacionales, lo que ha dado origen a interesantes debates, prolongados —a veces— más allá del horario previsto.

Atendiendo a la procedencia de los congresistas —dejando aparte la nutrida representación griega— la mayoría pertenecen al mundo jurídico occidental, incluyendo a los países que están en la vanguardia del Derecho comparado (Italia, Alemania, Francia, Bélgica, Reino Unido, con las recientes incorporaciones de Holanda y Suecia) a los que se añaden, con participación creciente, Canadá y Estados Unidos. Los países asiáticos, africanos y del Este de Europa, siguen siendo minoritarios. Ha habido una importante presencia argentina, con designación de un Ponente general de esta nacionalidad (sobre libertad religiosa).

La presencia española se ha incrementado con relación al anterior Congreso de Montreal: se enviaron cinco ponencias nacionales, y estuvimos presentes el Notario don Tomás Aguilera (Madrid) y los profesores Luis Amat Escandell y M.^a de los Desamparados Llombart Bosch (Valencia),

Tomás Salinas (Complutense), Diego Fernández Arroyo (Salamanca) y el que firma esta Crónica. Muy lejos todavía de lo que exigiría el actual nivel de nuestra Ciencia Jurídica.

La organización material, muy cuidada, ha estado a cargo del Instituto Helénico de Derecho Internacional y extranjero, con colaboraciones oficiales y de las tres Facultades griegas de Derecho. Con relación a otros Congresos, se ha echado en falta la posibilidad de adquirir normalmente las Ponencias Nacionales que a cada congresista interesaran. Las Ponencias Generales se distribuían gratuitamente al comienzo de cada sesión, pero siempre en número limitado. Algunos países (Suiza y Finlandia) han regalado los volúmenes de sus Ponencias, otros (Francia, Italia, USA, Australia, Israel, Alemania) ofrecían la posibilidad de adquirir los que habían publicado antes del Congreso. Habrá que esperar a la anunciada publicación de las Ponencias Generales para juzgar del nivel científico alcanzado por este XIV Congreso Internacional de Derecho Comparado.

Puede ya anticiparse el acierto en la elección del país que ha sabido albergarlo señorialmente. En ningún otro hubiera sido posible celebrar el acto de apertura, al aire libre, en la colina que acoge el monumento funerario a Filopapo, frente al impresionante Partenón iluminado.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BARBANCHO TOVILLAS, Fco. José: *El interdicto de obra nueva*, Ediciones Jurídicas Serlipost, Barcelona, 1993, 206 páginas.

1. Ha sido publicada recientemente esta monografía sobre el interdicto de obra nueva, que sigue la línea de un trabajo anterior de José Soldado Gutiérrez de 1989 con el mismo título, si bien, a diferencia del carácter procesalista de este último, el autor de la actual monografía aborda el interdicto de obra nueva desde una visión más civilista; no obstante, ambos trabajos tienen en común desde un punto de vista conceptual, el estudio del origen, naturaleza, ámbito de aplicación, objeto y legitimación del interdicto de obra nueva. Estas son las cuestiones de las que el autor se ocupa, y que ahora voy a abordar; también particularmente me interesa el tema pues conecta con la línea de mi investigación de los últimos años, concretamente en el ámbito del Derecho Romano. Ciertamente, lo que respecta a la regulación procesal actual de la cuestión, descarta un estudio comparado con el Derecho Romano, pues, como indicaba ya J. Soldado, «el interdicto de obra nueva no era en Roma un interdicto —como lo es hoy en Derecho español— sino que se trataba de una denuncia. Ello ha hecho que Prieto Castro señale la inadecuación de la denominación de interdicto para el de obra nueva como poco afortunada por no ser clásica en nuestro Derecho»¹.

2. La monografía de Barbanchó se divide en seis capítulos más un índice bibliográfico, si bien vamos a centrarnos en los cuatro primeros capítulos. El primero aborda la relación entre el *ius aedificandi* y el interdicto de obra nueva, partiendo de la regla *accessorium sequitur principale* y de la regla *superficies solo cedit*, así como cuál será la protección interdictal de la situación de hecho. El segundo capítulo se centra en el concepto y fundamento del interdicto de obra nueva, haciendo referencia igualmente a la naturaleza jurídica de éste. El tercer capítulo, abarca el estudio de los elementos constitutivos del interdicto de obra nueva, partiendo de la *operis novi nuntiatio*, y del concepto de *opus novum* y de daño. En el cuarto

¹ J. SOLDADO, *El Interdicto de Obra Nueva* (Granada, 1989), p. 1 s.

capítulo el autor centra su estudio en los sujetos del interdicto de obra nueva, tanto en la parte activa como pasiva.

3. Creo que el autor tiene el mérito de haber llegado a algunas conclusiones válidas al abordar una cuestión no pacífica ni en la doctrina románistica, ni en la actual doctrina positiva; además sería injusto obviar el esfuerzo que supone para un investigador la realización de su trabajo. No obstante, quisiera hacer algunas apreciaciones formales y de contenido que creo pueden tener interés, ya que es indudable que todo investigador debe someter cada uno de sus trabajos al más estricto análisis, de modo que se incurra en los más mínimos errores; esto es lo que se ha querido identificar con el término griego «acribia». Decía D'Ors que «la acribia es una virtud de la exposición científica», que adquiere valor atendiendo a las siguientes características: discreción para publicar, concisión, rigor, consideración total de la literatura pertinente que está vigente («con atinada exclusión de la bibliografía apolillada»), exactitud y pulcritud en los signos (ausencia de erratas, regularidad en los tipos de letra, y especial cuidado en las citas al pie).

a) Por lo que se refiere a la forma, se pueden apreciar a lo largo del trabajo, errores tipográficos, de sentido, una falta de homogeneidad en las notas, y un uso arbitrario y equivocado de los términos en otros idiomas: latín, francés, italiano; así como títulos de obras mal citados, y lugares de publicación de esas obras indiscriminadamente traducidos unas veces y otras no. Basten las siguientes referencias como ejemplo:

En la nota núm. 1 de la monografía, el autor comete errores en la transcripción en todas las obras de la palabra «proprietà», así como no guarda el orden debido entre estas obras, ya que las enumera sin tener en cuenta el año de su publicación. En la nota siguiente, la nota núm. 2, el autor cita en castellano el lugar de publicación «Bolonia», mientras que en la nota anterior, cita la ciudad en italiano «Milano», ciudad que en la nota núm. 10, cita igualmente en castellano «Milán». En esa misma nota, el autor transcribe mal la palabra «Denunzia», al sustituir la «a» por una «s».

A lo largo de todas las notas al pie, el autor cita las obras unas veces con el mismo tipo de letra sin diferenciar los términos en latín, otras veces añadiéndole comillas, otras diferenciándolos, y otras poniendo en cursiva toda la obra; si bien es cierto que en el texto sí distingue los términos latinos, esto se obvia en muchas ocasiones. No hay tampoco uniformidad en la cita de las revistas, ya que unas veces las cita anteponiéndoles la preposición «en», y otras sin la preposición (*vid.* por ejemplo la nota núm. 1). En algunas ocasiones, el autor recoge la opinión de otro autor sin indicar el lugar de origen, así en la nota núm. 21, referida a Branca. No se tiene en cuenta la referencia a las últimas ediciones, y si bien sería disculpable en lo que respecta a obras de muy difícil consulta, no es éste el caso de manuales españoles como el *Derecho Privado Romano*, de A. d'Ors, del que el autor cita la 3.^a edición de 1977, mientras que hace ya tres años que ha aparecido la última, que es la 8.^a edición de 1991 (*vid.* la

nota núm. 120, en la que además el autor califica de número lo que es para D'Ors una división en párrafos). La referencia al término «*vid.*» se debe realizar siempre que se toma en consideración, sobre una cuestión concreta, la opinión expresada más ampliamente por un autor, por lo cual suele ser muy común en todas las obras; sin embargo, el autor hace un uso muy restringido de la misma, señalando directamente la obra a la que se refiere, lo que sólo es factible si se cita explícitamente y entre comillas la opinión de su autor.

Quizá sea atribuible al editor la errónea enumeración de algunas notas al pie en el texto, cuyo contenido viene transcrita en la página siguiente, lo cual dificulta la lectura del trabajo; y en el mismo sentido, en la página 54, el último párrafo aparece cortado y no tiene continuidad en la página siguiente; mientras que en la página 189, se duplica el último párrafo.

b) Es cierto que en una obra de investigación hay que atender principalmente al contenido, pero no es menos cierto que los defectos formales pueden llegar a desvirtuar el trabajo del autor, e incluso el interés que el lector pretende dar a su estudio, así como la fiabilidad que posteriormente le otorgue. Así pues, y sin olvidar el mérito del autor en la realización de un trabajo tan complejo, quisiera hacer algunas precisiones igualmente sobre el fondo del trabajo, ya que algunas de sus afirmaciones no me parecen suficientemente fundamentadas, lo cual es un error en el que suele caer todo investigador en alguna ocasión, ya que creemos tener muy claros algunos conceptos que sin embargo no resultan tan transparentes para el lector, por lo que necesitan de una pausada y más amplia explicación, y del apoyo en una sólida doctrina y jurisprudencia:

i) El autor dice que «No se construyó en Roma una auténtica doctrina general de la Accesión, como no podía ser menos ya que en el Derecho romano, como en el Derecho Intermedio, no se acudía a técnicas de construcciones generales sino a situaciones particulares y detalladas» (p. 9). Tal afirmación peca del rigor exigible a un trabajo de investigación. El autor fundamenta tal afirmación en la opinión expresada hace 25 años por un autor no romanista, como es Garrido Palma y quizás por ello, yerra en sus apreciaciones (no se puede hacer referencia a un concepto romano, expresando la opinión de un positivista, del mismo modo que no acudiríamos a la gran autoridad de Castán para definir el concepto de la «posesión» en Derecho Romano). Roma, ciertamente, no tenía un derecho reglado, sino que se regía por la evolución de una jurisprudencia que sí creaba, lo que hoy se podría llamar doctrina, pero que el derecho romano sea esencialmente casuística, no impide que se crearan principios generales que debían regir en todos los casos. Precisamente esta cuestión de la accesión fue ampliamente debatida por la jurisprudencia romana, siendo uno de los puntos esenciales de la controversia entre la escuela clásica de los proculeyanos y la escuela de los sabinianos. No sólo se estudió la simple accesión, sino que se debatió ampliamente la teoría de la «accesión invertida», como lo

demuestran los numerosos textos recogidos en el Digesto de Justiniano, principalmente en el libro 41, título 1². En concreto, como bien indica Di Pietro, «Hay dos principios claves que hay que tener presente: i) que toda cosa accesoria sigue el destino de la cosa principal (*accessio cedit principali*; Dig. 34, 2, 19, 13) y ii) que la tierra es considerada siempre cosa principal y por lo tanto todas las otras cosas acceden a ella (*omne quod inaedificatur solo cedit*; Dig. 41, 1, 7, 10)»³.

ii) Afirma igualmente el autor que constituye una regla el que «la *facultas aedificandi* integra el núcleo de facultades dominicales junto al uso, disfrute y la disposición» (p. 9). Esto obviamente no corresponde a la realidad, que engloba como únicas facultades del *dominus*, precisamente esas tres, pero no la facultad de edificar, y ello porque esta última está claramente integrada en el contenido global de la facultad de disposición; como dice D'Ors, «Los actos de disposición son aquellos que alteran la integridad de la cosa. La alteración que implican los actos de disposición puede ser física o jurídica, según se altere la cosa misma o tan sólo su pertenencia jurídica; la alteración puede ser total («consumición») o parcial. Puede haber, pues, cuatro clases de actos de disposición: ... ii) de alteración física parcial, cuando se cambia su función (construir en un solar...)»⁴; otra forma de entenderlo, nos obligaría a especificar, como categorías distintas, cada uno de los tipos de disposición, de uso y de disfrute, lo cual podría suponer un absurdo.

iii) El autor dice, «Cuando el derecho protege a aquél que confía en la apariencia jurídica, apariencia de edificar sin perjuicio frente a tercero, lo realiza en razón de la buena fe. Pues bien, ésta es la buena fe que se pretende destruir mediante la tutela interdictal» (p. 52 s.). Ésta no es la situación que se contempla en el caso de la edificación. Como es sabido, a quien realiza cualquier actuación, ya sea en terreno propio como ajeno, no se le protege en principio por una apariencia jurídica sino por una apariencia fáctica, puesto que lo único visible materialmente es la actuación que se presume que corresponde a un título. Del mismo modo, no será la buena fe la que se «pretende destruir con la tutela interdictal», ya que esta buena fe no es la que permite edificar, sino que será la que proteja al constructor durante el tiempo en que está construyendo. Esto es, la buena fe unida a una justa causa, o, como aparece en la nomenclatura jurídica actual, unida a un justo título, será la que conceda efectivamente la protección del derecho, pero no la que permite realizar la construcción, ya que ésta es factible incluso sin la existencia de la buena fe. Ya los juristas

² Así, D.6,1,61; D.6,1,23,3; D.41,1,7,7; D.41,1,9,2, y una amplia doctrina sobre la cuestión: RICCOPONI, en *BIDR.* (1895), 250 s.; BONFANTE, *Corso* 1, 2, p. 102; CALONGE, en *Studi Grosso* 2, 200; SCHULZ, *Storia*, p. 391; en *IURA* (1969) 714; en *SZ*. 79, 17, 81, 123 n. 30, 129; en *SZ*. 90, 5 n. 16; en *SZ*. 98, 501 n. 3; el principio de que todo lo que se construye accede al suelo viene recogido por el derecho romano en: D.41,1,7,10.12 (*Gai. 2 cott.*); *Gai. 2,78*; *Inst.2,1,30*; *Epit.2,1,4*.

³ DI PIETRO, *Institutas* ⁴ (Buenos Aires, 1993) p. 246, n. 66.

⁴ D'ORS, *DPR.* ⁸ (Pamplona, 1991), § 137.

clásicos decían que es tan difícil demostrar la buena fe (y por ello, mucho más difícil es equipararla a la actuación fáctica), que, ésta se presume cuando existe justa causa (o justo título).

iv) El autor señala que Biondi defiende el carácter penal de los interdictos en derecho romano (p. 71). Nada más ajeno a la realidad, o mejor dicho, a la teoría de Biondi; precisamente este autor es uno de los más firmes detractores de los interdictos penales, ya que considera que ningún interdicto tuvo carácter penal en derecho romano clásico. Todo lo contrario; Biondi afirma rotundamente que cualquier consideración respecto de la penalidad de los interdictos, es justiniana. Biondi anula una a una todas las características penales referidas a los interdictos en derecho romano. Así por ejemplo, según Biondi, es Justiniano quien añade la *noxae deditio* al interdicto *quod vi aut clam* (comúnmente considerado como interdicto penal), que no es penal, para extender la responsabilidad del *dominus* más allá de la *patientia*: «Io credo che la estensione della *noxae deditio* al campo degli interdetti provenga da Giustiniano; si ha qui una manifestazione importante di quel lavoro nel sistema delle *actiones* che i compilatori hanno sempre di mira»⁵. Es pues completamente erróneo tomar como ejemplo a este romanista para referirse a la penalidad de los interdictos. El autor recurre en alguna ocasión a otro romanista, Branca, pero precisamente en cuestiones no polémicas en la doctrina, sin tomarlo como fundamento para la defensa del carácter penal de los interdictos, cuando precisamente este autor es la piedra angular de tal teoría, contra Biondi⁶.

v) Dice el autor: «En el Derecho romano también aparecían dos modalidades de interdicción (prohibición) en relación con el *ius aedificandi* del titular del fundo: El *interdictum ex operis novi nuntiatione (demolitorium)*, y el *interdictum ne vis fiat aedificandi*» (p. 70); «En la solicitud el denunciado ponía en conocimiento del Magistrado la inobservancia de la prohibición a lo que el Magistrado dictaba un Decreto prohibitivo» (p. 70 s.); «... como el resto de los interdictos, era prohibitivo y perpetuo» (p. 71).

A este respecto hay que hacer notar, que el término «interdicto», que etimológicamente significaba «prohibición» (y por ser los interdictos prohibitorios los primeros en el tiempo, de aquí viene la generalización del término a todos los demás), extiende su contenido desde el momento en que integra también las órdenes del Magistrado que no implican una prohibición, los *decreta*; así, señalaba Gayo que «Son llamados *decreta* cuando se ordena que algo se haga, como por ejemplo cuando se prescribe que algo sea exhibido o restituido. En cambio, son llamados *interdicta* cuando

⁵ BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, en «Annali Palermo», 10 (1925), 78. Esta misma opinión parece compartir GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (Pamplona, 1981), p. 72 s., al referirse a la teoría de Biondi respecto a la noxalidad en acciones no-penales.

⁶ Vid. BRANCA, *Carattere penale dell'interdetto «quod vi aut clam»*, en «Scritti Scialoja», 1 (Bologna 1952).

se prohíbe que se haga algo, como por ejemplo cuando se prescribe que no se haga violencia a quien posee sin vicios o que no se haga algo en un lugar sacro. De aquí que todos los interdictos son llamados o «restitutorios», o «exhibitorios» o «prohibitorios» (*Gai.4,139*). Así pues, queda claro que no siendo todos los interdictos prohibitorios, habrá que ver de qué tipo son los interdictos referidos por el autor; en este sentido, es opinión unánime que el interdicto *ex operis novi nuntiatione* es un interdicto restitutorio, y no prohibitorio, ya que persigue la restitución de las cosas a su estado original, ya sea demoliendo lo construido, o construyendo lo demolido; mientras que el interdicto *ne vis fiat aedificandi* si que tiene como fin una prohibición: *quo minus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto*. Resulta pues erróneo decir que todos los interdictos son prohibitivos y perpetuos; precisamente, respecto de la perpetuidad, debe destacarse que si fuera cierta en todo interdicto, nunca se hubiera planteado la doctrina la polémica entre el carácter penal o no de algunos interdictos, ya que, igual que las acciones penales suelen ser anuales, así también los interdictos penales; por ello se ha discutido, entre otras cosas, si el interdicto *quod vi aut clam* y el *unde vi* son penales, por ser anuales. Pues bien, la característica de la anualidad, como dice Voci, es uno de los más tenues para indicar el carácter penal⁷, sin embargo, por el contrario, no hay duda de que los interdictos perpetuos no son penales.

JOSÉ M.^a LLANOS PITARCH

CASTÁN VÁZQUEZ, José M.^a: *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (Del Derecho justiniano a los Códigos civiles)*; Lección inaugural del Curso Académico 1994-1995 de la Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 28 páginas.

Después del preámbulo de rigor, se refiere el autor a una obra reciente del civilista peruano Fernández Sessarego sobre el creciente interés científico en torno al concebido y no nacido¹, y aunque en este punto, como en tantos otros, el Derecho Romano no nos ha legado definiciones categóricas, no podría afirmarse que haya ignorado la realidad de la vida intrauterina, ni que haya negado al concebido algunos derechos; antes bien, las fuentes nos ofrecen diversos textos que parten de aquella realidad y afrontan, al menos en parte, la problemática jurídica que de ella se deriva. El más significativo es, sin duda, el de Juliano en el Digesto (D.1,5,26): *qui in utero sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*. El autor sigue la opinión de Catalano² para quien la igualdad del concebido y del

⁷ VOCI, *Risarcimento e pena privata nell diritto privato classico* (Milano, 1939), p. 168.

¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica de la persona*, Universidad de Lima, 1992.

² CATALANO, «Los concebidos entre el Derecho romano y el Derecho latino-

nacido, en los *Digesta* de Justiniano, es un principio de carácter general, salvadas las excepciones de algunas partes del *ius*; tal principio encuentra su correspondencia terminológica en el último libro del Digesto: *Intelligen-dus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est*. El punto de partida se encuentra ya en las XII Tablas, pues recogiendo la opinión de La Pira se afirma que, por motivos jurídico-religiosos, la concepción determina el surgimiento de un nuevo puesto de *suus* en la familia; operando en tal sentido, la *interpretatio* de los juristas en materia de herencia, que es de primera importancia según la más antigua sistemática. Interesa destacar que para Catalano el principio de igualdad entre el concebido y el nacido no es consecuencia de una ficción, esto es, de una construcción imperativa, sino, más bien, de la constatación de una realidad por parte del intérprete; tal constatación parece comprender el reconocimiento del principio general de igualdad ontológica con el nacido, al menos en la era justiniana, por lo cual hay que considerar como excepcionales, siguiendo también el criterio del *commodum* las partes (o causas, o cuestiones) en que no se aplique tal principio (por ej. D. 25,4,1 § 1, y D. 35,2,9 § 1).

Lo que ocurre —como ya denunciara lúcidamente el prof. De Castro añado por mi parte— es que las modernas abstracciones conceptuales han trastocado el principio de igualdad claramente afirmado en el Derecho romano justiniano; a través de la introducción de los conceptos de persona, personalidad, sujeto de derecho y capacidad jurídica, se ha pasado, de la igualdad ontológica a la excepcional igualación; así, en la doctrina de Savigny, la regla *nasciturus habetur pro nato* sería una simple ficción sólo aplicable a algunas limitadas relaciones jurídicas tales como las sucesorías, siendo también de destacar que esta concepción pandectística-germánica va a encontrar su consagración en el *Codice civilé* de 1942. La otra tiene manifestaciones en el área ibérica e hispanoamericana, y a ella va a dedicar su atención el prof. Castán Vázquez.

La Partida 4.^a, que ha inspirado el Libro I del C.c. colombiano, dedica al *nasciturus* las leyes 3.^a, 4.^a y 5.^a del Tít. 23, siendo la primera la que recoge la doctrina romana sobre *qui in utero est*, mientras que la 5.^a, con el requisito de la figura humana («non aviendo forma de ome») resulta el inmediato precedente del art. 30 de nuestro C.c. Inspirándose en la Partida 3.^a el jurista valenciano Juan Sala³ escribirá que, según el estado natural de los hombres, unos son nacidos, otros por nacer o concebidos en el vientre de sus madres. En la misma línea se encuentra la definición de póstumo en las primeras ediciones del *Febrero*, y el *Diccionario* de Escríche, quien mantiene la división de las personas por su estado natural, en nacidas y concebidas o existentes en el vientre de la madre. Apostilla así Castán

americano (A propósito del art. 1 del C.c. peruano de 1984)», vol. colectivo *El C.c. peruano y el sistema jurídico latinoamericano* (Lima, 1986), p. 229 y ss.

³ SALA, *Ilustración del Derecho Real de España* (Valencia, 1803), tomo I, p. 4.

Vázquez que este autor mantiene la afirmación de que el concebido *existe* en el vientre materno, en la línea de la mejor corriente de origen romano.

Pero la pérdida de la tradición romana y castellana se advierte ya en la doctrina española de la segunda mitad del siglo XIX por la asunción de teorías alemanas y el empleo de conceptos abstractos (Gómez de la Serna, Montalbán, Benito Gutiérrez), y va a culminar en el Proyecto de 1851 que omite cualquier alusión al concebido en la definición de nacido del art. 107.

Al otro lado del Atlántico, va a mantenerse la tradición romana y castellana; así el C.c. chileno dedica sus arts. 74 a 77 a tratar «Del principio de la existencia de las personas», iniciándose con esta tajante declaración: «La ley protege la vida del que está por nacer», y también que «todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento», si bien, a la vista de otros preceptos llega el autor a la conclusión de que no es posible ver una clara adscripción a la tradición romana de una paridad entre el concebido y el no nacido. Por lo que se refiere a la codificación brasileña, más clara es la posición que se mantiene en el famoso *Esboço* de Augusto Teixeira de Freitas, que dedica los arts. 53 a 61 a «las personas por nacer», a las que concede el beneficio de la patria potestad desde el momento mismo de la concepción. Norma esta última que pasó al Código civil argentino de Vélez Sarsfield, y se ha mantenido en las últimas reformas. Títulos como el del siguiente enunciado «De la existencia de las personas antes del nacimiento» permiten adscribir este Código a la más pura tradición romano-castellana. Todavía, y de fecha más reciente, cabe citar el art. 1 del C.c. peruano de 1984, según el cual «La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo».

El autor no lleva su investigación a los Códigos europeos y, por tanto, tampoco al nuestro, pero concluye que el reconocimiento de la vida humana desde el momento de la concepción tiene obvias consecuencias para la protección jurídica del concebido.

Bella lección inaugural del prof. Castán Vázquez, que se pronuncia todavía dentro del Año Internacional de la Familia, cuando en España amenaza consumarse una nueva agresión legal a la vida del *nasciturus*.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

COLLINS, H.: *The Law of Contract*, 2nd edn, Butterworths, London, 1993, 399 páginas.

El autor del libro se propone estudiar el Derecho de contratos tanto desde el punto de vista de su aplicación práctica por los abogados, como su impacto sobre los fines sociales y económicos del mercado. El primer

aspecto es congruente con el carácter pragmático y «casuístico» del Derecho inglés, donde las decisiones de los tribunales superiores son fuente del Derecho por su propia autoridad (naturalmente, sólo serán obligatorias, *binding*, si forman parte de la *ratio decidendi* del caso de que se trate). En cuanto a la segunda cuestión, Collins señala que el Derecho no puede funcionar como un sistema de pensamiento totalmente cerrado, sino que debe adaptarse a las circunstancias cambiantes de nuestra sociedad. El Derecho contractual decimonónico expresaba un «Estado libertario» cuyo objetivo principal era adoptar una postura neutral con relación a los modelos sociales de conducta, facilitar, en suma, la creación de obligaciones legales sobre cualesquiera términos que las partes libremente eligiesen. El mercado, convertido en el mecanismo principal de la distribución de riqueza, no reconoce ningún derecho inherente para la posesión de ésta: las nociones de intercambio y elección voluntaria son sus dos pilares básicos.

Sin embargo, la progresiva intervención del Estado en múltiples facetas de la vida social y económica que caracteriza a nuestro siglo no puede coincidir con una concepción doctrinal que defiende como principio fundamental la libertad de los ciudadanos individuales. Correlativamente, tampoco con un ejercicio del poder público limitado al máximo. El autor describe en el capítulo 2 el moderno Derecho contractual, partiendo de su crítica a los principios del Derecho decimonónico. En efecto, la libertad de contratar encontraba su justificación en la creencia de que el mercado establecía tanto la igualdad de las partes en lugar de la jerarquía social, como la reciprocidad en vez de la explotación. Dicha igualdad no implicaba, por supuesto, una distribución igualitaria de riqueza y poder, sino sólo una igualdad formal, la de formar parte de una relación contractual para mejorar su posición en la sociedad sin ningún límite. Las consecuencias distributivas últimas de la actividad negocial no interesaban al mercado y, por supuesto, tampoco al Derecho. Éste solamente reconocía algunas excepciones con respecto a menores e incapaces y a mujeres casadas, pero no propiamente distinciones de rango y privilegio. Únicamente cierta intervención para asegurar la libre competencia del mercado, proscribiendo los monopolios. El modelo defendido por Collins, al que denomina «mercado social», se basa sobre la intención de evitar una dominación injustificable de una de las partes contratantes, la búsqueda de la equivalencia en el intercambio y la necesidad de asegurar la cooperación entre ellas como a su juicio se produjo en la decisión del caso *Schroeder Music Publishing Co. Ltd. v. Macaulay* (la Cámara de los Lores ratificó la decisión del Tribunal de Apelación de no considerar aceptable un contrato en forma standard que daba a la Compañía de discos demandada una posición dominante y abusiva sobre la publicación y derechos de autor del demandante, un joven y desconocido compositor musical cuando firmó el contrato). Por otra parte, existen también intereses colectivos como la protección del medio ambiente y la seguridad de las personas que no pueden dejarse al libre arbitrio del mercado y de las decisiones individuales. El Estado, a través de la legislación, in-

terviene para prohibir determinados tipos de contratos o de cláusulas de los mismos, así como para hacer obligatoria la adopción de otros. Además, la creación de un mercado único europeo obliga a la Unión a intervenir para fijar reglas comerciales uniformes en todos los Estados miembros. Se trata de ayudar a los individuos a realizar sus aspiraciones a través de los contratos pero protegiendo, simultáneamente, fines sociales.

En el capítulo 3, uno de los más extensos del libro comentado, el autor estudia los mecanismos utilizados por el Derecho inglés para exigir el cumplimiento de un contrato (*tests of enforceability*): la escritura o *deed* (documento firmado por ambas partes, en presencia de un testigo, dejando clara su intención de que se trata de dicho tipo de documento, lo que implica que cualquier tribunal hará cumplir las promesas contenidas en el mismo); la doctrina de la *consideration* y la confianza o *reliance*, esta última sólo admitida parcialmente como *promissory estoppel* o responsabilidad basada en la confianza (el *estoppel* impide a una persona negar la veracidad de una declaración anteriormente realizada por él o la existencia de hechos en los que han creído otras personas como consecuencia de sus palabras o conducta). La doctrina de la *consideration* ha sido citada tradicionalmente como el medio principal para justificar el cumplimiento de los contratos. Su razón fundamental es que la transacción debe comprender un intercambio de valor económico que, sin embargo, las partes pueden determinar libremente. En una venta de bienes, por ejemplo, las partes satisfacen esta doctrina prometiendo una de ellas entregar los bienes a cambio del precio fijado, mientras que la otra promete pagar el precio a cambio de la entrega de los bienes señalados. Se requiere la existencia de dos promesas obligatorias y recíprocas, con independencia, al menos aparentemente, de la justicia de la relación de intercambio, lo que resulta lógico con la filosofía del libre mercado. Mientras autores como Fried defienden el abandono de esta doctrina por ser actualmente, según él, un anacronismo histórico y Atiyah intenta redefinirla mediante los conceptos de beneficio y perjuicio, Collins responde con la formulación de una construcción teórica que denomina el «modelo de la confianza», *reliance model*, frente al «modelo del intercambio» de la *consideration*. Aunque reconoce que ha recibido una aceptación titubeante por los tribunales ingleses, enumera como elementos de su teoría el *encouragement* o estímulo deliberado de confianza por medio de una promesa (*promise*) u otra forma de promesa (*undertaking*) expresa o tácita; la *detrimental reliance*, que exige la prueba de que la otra parte ha confiado sobre esa promesa, actuando por tanto en su perjuicio; la *reasonable reliance* o que la conducta anterior era razonable en todas sus circunstancias y la *unconscionability*, esto es, considerar si sería injusto o desmedido permitir a alguien volver sobre su promesa original. A su juicio, un ejemplo de su teoría se encuentra en *Crabb v. Arun District Council*.

También es objeto de estudio el consentimiento y las circunstancias y comportamientos que pueden influir sobre él. Aunque sin una clara determinación conceptual, más propia quizás de un Derecho codificado, catego-

rías como las de la compulsión (*duress*) y la influencia indebida (*undue influence*) son pormenorizadamente detalladas. En esta última pueden citarse la presión para obligar a realizar una determinada prestación, aprovecharse de la ignorancia de otra persona y sacar partido de una auténtica situación de monopolio.

Otra de las partes más interesantes del libro que comentamos se refiere a las cláusulas obligatorias de los contratos (*compulsory terms*). Se trata, indudablemente, de una intromisión en el dogma clásico de la libertad de contratar pero que se justifica para el autor en la dimensión social del mercado. La protección y el reforzamiento de un mercado competitivo deben ser considerados como un bien público que el Ordenamiento tiene que esforzarse en apoyar. Los medios utilizados para introducir ciertas cláusulas obligatorias en determinadas clases de contratos son las prohibiciones legales (las cuales declaran que una cláusula será inválida, inefectiva o nula si aparece en un contrato) la utilización de contratos modelo impuestos por el poder legislativo, el control judicial (los tribunales tienen que buscar el equilibrio entre el interés colectivo de un mercado competitivo logrado con la libertad de contratar y el peligro potencial que pueda resultar para otros valores sociales) y una regulación negociada entre los sectores afectados y las autoridades públicas que, normalmente, se plasma en Códigos deontológicos de sectores profesionales y comerciales (*Codes of Practice*). Su finalidad última es la protección adecuada de los consumidores y usuarios. A pesar de que el control judicial de las cláusulas ha sido frecuentemente criticado por la falta de certeza y la posible inconsistencia de las decisiones judiciales (cosa curiosa, tratándose de un Derecho tan propiamente jurisprudencial como el anglosajón), la ley inglesa de cláusulas contractuales abusivas de 1977 (*Unfair Contracts Terms Act*) le ha otorgado una importancia destacada mediante el examen de la «razonabilidad» (*test of reasonableness*). En este sentido, la ley se limita a anular las cláusulas que tengan el propósito de excluir, restringir o limitar la responsabilidad que de otra manera surgiría en un contrato de otras expresas o tácitas.

En el capítulo 12, bajo el epígrafe «la extensión de la responsabilidad», Collins estudia la doctrina de la «relatividad de los contratos» (*privity of contract*), que significa que éstos son *res inter alios acta* para los terceros no contratantes, como por otra parte declara en nuestro Derecho el art. 1.257 del C.c. Después de referirse a algunas justificaciones utilizadas para defender dicha doctrina tales como la idea de autonomía (el tercero que no presta su consentimiento a un acuerdo no puede verse afectado por ningún tipo de responsabilidad contractual), el argumento moral de la mutualidad de derechos y obligaciones y el hecho de que, de lo contrario, surgiría una responsabilidad indeterminada en cantidad, tiempo y clase para el prometente de la prestación, enumera entre las objeciones a la teoría clásica de la relatividad la intención de las partes, la confianza justificable y, sobre todo, el enriquecimiento injusto (una persona obtiene un beneficio injustificadamente a expensas de otra) al que considera el más convincente).

Los dos últimos capítulos tratan, como no podía ser de otra manera en un estudio completo del fenómeno contractual, de los diferentes remedios y compensaciones que intentan paliar las consecuencias negativas del incumplimiento de los contratos con particular atención a los remedios judiciales en este campo.

En definitiva, este libro aborda desde una perspectiva inequívocamente crítica el estudio del Derecho de contratos y sus dogmas peculiares para, confrontándolos con las nuevas circunstancias sociales y económicas de la sociedad postindustrial, defender la necesidad de una reformulación del mismo bien mediante la alteración de los principios clásicos que lo sustentan bien mediante su abandono y sustitución por otros nuevos.

JAVIER LETE ACHIRICA

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: *La conversión del contrato nulo (Su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español)*. José M.^a Bosch Editor, S. A, Barcelona, 1994, 215 páginas.

I. El tema del libro que comentamos presenta notable interés dogmático. Al enmarcarse en el corazón mismo de la teoría del negocio jurídico, la conversión refleja las diferentes concepciones que de las relaciones entre la autonomía privada y la ley se plasman en cada uno de los ordenamientos de nuestro entorno y también, como no podía ser menos, las diversas posiciones ideológicas que sustentan las mismas.

En nuestro país la conversión es un usual epígrafe de los programas de Parte General, pero escasean los tratamientos de fondo sobre la misma. Ya por eso es de alabar el trabajo que recensionamos.

II. El primer capítulo del libro esboza el proceso histórico que llevará a la consagración positiva de la conversión en Alemania, primero, y en Italia, luego.

Expone el autor cómo los jurisconsultos romanos afrontaron el problema de mantener en vida algunas operaciones (que hoy calificaríamos de) ne-gociales, pese a la falta de correspondencia de las mismas con las exigencias estructurales del sistema jurídico (sustitución pupilar, inoperante como tal, valorada como sustitución vulgar —D.28,6,4—; legado, nulo en su especial configuración, que vale *per damnationem* —D.24,2—; donaciones entre cónyuges constante matrimonio o entre afines sometidos a la misma potestad, que valen si el donante moría sin haberlas revocado —D.24,1,3,3 y 32,2—; *acceptilatio* nula que vale como *pactum de non petendo* o contrato consensual; la famosa cláusula codicilar, etc...) (p. 19). Pero, a su juicio, son meros supuestos tipificados *id plerumque accidit*, que se acercan a la que se llamaría **conversión legal o formal**, pero muy lejos de una **conversión sustancial o material**, inviable en un sistema donde no hay nítida referencia a la *voluntas individual*, ni a la causa y, en el que, por el con-

trario, juega un papel esencial el formalismo y la dificultosa interrelación del *ius civile* y el *ius honorarium* (p. 21).

Por tal razón, aunque el estudio de las fuentes romanas no carezca de interés, denuncia el autor la incorrección metodológica de los pandectistas que, sobre la base de forzadas interpretaciones de las mismas —abonadas por su propio dato normativo— construyeron, con carácter general, la figura de la conversión en pleno siglo XIX (el propio término se extrae de un *convertisse*, que aparece en D.29,1,19).

Los pandectistas forjan la conversión como un capítulo más de la omnicomprendensiva teoría del negocio jurídico, en su versión voluntarista (*Willenstheorie*). Consiguientemente, la conversión se presenta anclada en la voluntad de los agentes (aunque fuese presunta, tácita, subsidiaria o eventual), dirigida a los efectos jurídicos derivados del negocio convertido, lo que tendrá reflejo en el parág. 140 BGB, que hace descansar la figura en una **voluntad hipotética** de la parte o partes (pp. 27-30).

Pese a que el *Codice* 1865 no facilitaba la tarea, la brillante ciencia jurídica italiana de fines del XIX y primer tercio del XX adoptará como suya la nueva institución y la dotará de una fraseología de la que —como en tantos otros aspectos— ha bebido nuestra doctrina patria. El autor menciona cómo fue Satta quien distinguió y definió la conversión **sustancial**, la **formal** y la **voluntaria**.

El terreno estaba abonado para que el art. 1.424 *Codice* de 1942 acogiese una regulación general de la conversión, que sigue muy de cerca al parág. 140 BGB, en consonancia con la neta germanización que sufre la legislación jurídico-privada italiana. En su dicción, empero, se subraya el hecho de que es el mismo contrato nulo el que produce «los efectos de un contrato distinto», mientras que, en el texto alemán, es el segundo negocio, cuyos requisitos están insitos en el negocio inválido, el que adquiere validez (p. 43).

III. El segundo capítulo del libro se endereza a determinar cuál es el papel que la conversión está llamada a cumplir en los ordenamientos que la acogen y a exponer cuáles son en ellos su fundamento, mecanismo aplicativo y ámbito operativo.

Primo introitu, analiza la llamada **conversión formal**. La misma es verdadera conversión en Alemania, habida cuenta de que el formalismo va allí de la mano de la abstracción y de una importante tipicidad negocial. Pero no en Italia, donde la causa es la que caracteriza a los negocios y no la forma: no se modifica con la llamada conversión formal la regulación de intereses, ni cambia la calificación jurídica del negocio; el cambio se manifiesta solamente en los efectos que se hayan derivado de la forma; es inútil toda búsqueda de la voluntad hipotética (pp. 48-51).

Es esta conversión formal (falsa conversión), cuyo fundamento es simplemente el principio *utile per inutile non vitiatur*, la que se da, según DÍEZ SOTO, en el ámbito de los títulos-valores, habida cuenta de la esencial conexión entre forma y efectos «cambiables» (cfr. arts. 450, 463 y 466 C.com;

14.1, 21, 22, 23.1, 120.3, 121.2, 129.1 y 130.1 Lcych) (pp. 53-54 y 161). O la que supone el testamento cerrado o secreto que vale como ológrafo (art. 715 C.c.), o el documento público irregular que puede valer como escritura privada (art. 1.223 C.c.) (p. 58).

En segundo lugar, aborda la llamada **conversión legal**, y lo hace con un sano criterio casuístico y crítico. Expone muchísimos ejemplos que se suelen citar de la misma y a todos les opone fundados reparos: en el caso de las disposiciones de última voluntad a favor del alma o a favor de los pobres (arts. 741, 747 y 749 C.c.), no hay conversión alguna, sino mera interpretación típica o integración legal de las mismas —con Albaladejo—, como lo es la regulación del exceso o defecto de cabida de la compraventa de inmuebles; la consideración como nueva oferta de la aceptación no conforme a la oferta inicial (art. 1.326.5 *Codice*), es un caso de mera (re)calificación de la declaración de voluntad de un sujeto; la obligación para el favorecido de prestar garantía, en la llamada *cautio muciana* es un poder discrecional atribuido a la autoridad judicial para asegurar la realización de la finalidad buscada por el testador, mediante la adopción de medidas extrañas al contenido de la disposición en sí misma, que no resulta alterada en ningún modo; el caso de la disposición testamentaria sujeta a una condición suspensiva de no hacer o no dar por un tiempo indeterminado, que se considera hecha bajo condición resolutoria de hacer o dar, salvo que del testamento resulte una voluntad contraria del testador (art. 800 C.c.), es mero resultado de una interpretación conservativa de la disposición testamentaria así concebida, sobre el presupuesto de la concurrencia de una duda sobre la verdadera intención del testador (art. 1.284 C.c.); la constitución de servidumbre a favor o a cargo de edificio por construir o de finca por adquirir, que se considera eficaz sólo desde el día en que concluya la construcción o se adquiera la finca en cuestión, no es más sino la cumplida aplicación de la doctrina de la venta de cosa futura; los supuestos de nuestros arts. 10 y 117 Lcych no consagran casos de conversión, pues no hay cambio de causa del negocio, sino sólo del sujeto, como exigencia de la tutela de una de las partes (pp. 64-69).

Sólo quedarían en pie algunos supuestos residuales (por ejemplo, cambio imperativo legal italiano de un contrato de aparcería o enfiteusis en arrendamiento), pero en los que existe una *ratio* imposible de sistematizar y un fundamento diferente del que el autor detectará en la conversión sustancial, ya que, lejos de dar acogida a un mecanismo de tutela de la autonomía privada, el legislador impone aquí una alteración de la naturaleza del negocio para conseguir objetivos supraindividuales (p. 70).

Justamente, a la hora de buscar el fundamento de la **conversión sustancial**, rechaza el autor la apelación al genérico principio del *utile per inutile non vitiatur* (que sí detectó en la conversión formal), que enlaza con la concepción de la conversión como reducción, en el seno de la *Willens-theorie*, confundida con la nulidad parcial, y con la exigencia como requisito de una objetiva relación de continencia sustancial entre el negocio nulo y

el resultante de aquélla (no siempre la voluntad dirigida al más contiene implícitamente la voluntad dirigida al menos) (p. 77).

También rechaza que se vea el fundamento de la conversión en el principio de **conservación del negocio**, lo que la situaría en línea con la llamada interpretación conservativa del negocio (art. 1.284 C.c.), la nulidad parcial, la convalidación de negocio inválido, la inserción automática de cláusulas, el mantenimiento en vida del contrato plurilateral aquejado de nulidad en relación a alguno de los sujetos, cuando su participación no sea esencial, o la italiana posibilidad de evitar la ineficacia del contrato mediante su rectificación en sede de error, de lesión o de excesiva onerosidad sobrevenida. Denuncia que este principio de conservación alcanza normalmente un vano valor de fraseología genérica, ceñido a resaltar la seriedad de intenciones de quien emite una declaración de voluntad [por no comentar que se presenta el *quid* conservado de heterogéneos modos por la doctrina: el negocio mismo, el fin práctico perseguido, la voluntad de los efectos (Albaladejo), la iniciativa económica de los sujetos, los valores creados en el mundo del Derecho, etc...]. Podría, todo lo más, identificar la conversión formal, pues el negocio se mantiene y no se transforma, pero nunca la sustancial (p. 168).

Hay quien defiende que la conversión se basa en los principios de confianza, autorresponsabilidad y buena fe, que suplantan en gran medida a la voluntad en el momento de perfección del negocio. Pero para Díez Soto se trata de otro error: la conversión no incide sobre la fase de formación del negocio, concluida ya por hipótesis, sino sobre su valoración legal. Además, la *ratio* de la conversión no parece que sea siempre la protección de la confianza: puede darse para conseguir, por ejemplo, mayor flexibilidad en los mecanismos técnicos de control de la autonomía privada, sobre todo si son muy rígidos (pp. 85, 88 y 91). Sin perjuicio, claro está, de que el juez deba echar mano de una interpretación según buena fe, para reconstruir fidedignamente los intereses negocialmente expuestos por las partes y la **congruencia** del negocio final, en tanto que es límite de la figura, dada su íntima *ratio* (tutela de la autonomía privada) (p. 87).

Finalmente, defenderá que la conversión es un mecanismo de asistencia previsto por el ordenamiento para mantener la iniciativa negocial juzgada como merecedora de tutela, aunque no pueda desplegar los efectos jurídicos a los que estaba directamente orientada por razones de índole técnica; admisible allí «donde se permita al Juez, aunque sea de modo excepcional, valorar el supuesto de hecho negocial más allá de los límites de la declaración negocial en cuanto tal, tomando en consideración con toda su amplitud y complejidad la iniciativa económica en la que el acto se inserta», que es lo propio del BGB y del *Codice* 1942 (dejando de lado el dogma de la voluntad y el concepto de *autonomie de la volonté* del modelo francés). La conversión es propia de un sistema de autonomía privada como el italiano, que ya no es manifestación del poder de la voluntad individual, sino en la que ésta es útil instrumento para la consecución de un determi-

nado orden económico conforme a las directrices del ordenamiento, quintaesenciadas en el juego de los principios de buena fe, confianza, autorresponsabilidad y estabilidad de las relaciones jurídicas, como se ve paradigmáticamente en los regímenes jurídicos del error, de la excesiva onerosidad sobrevenida o de la rescisión (pp. 91, 101, 109 y 179). Un sistema donde se concibe la nulidad —desvinculada de la inexistencia—, como un modo anómalo de existir el acto, que impide el efecto al que aspiran directamente las partes, pero no cualquier efecto que sea conforme con la intención misma y no incompatible con aquellas directivas del sistema.

De esa forma, tendría el mismo fundamento que permite el reconocimiento de los negocios atípicos en Italia: la **meritevolezza** de los intereses económicos puestos en juego (p. 104). La conversión sería, pues, una figura que complementa el régimen de la nulidad, para evitar tal sanción cuando resulte injustificada a la luz del interés general y justificado resulte, en cambio, el respeto sustancial a la autonomía privada.

IV. Una vez atribuido ese fundamento, analizará más detenidamente el funcionamiento concreto de la conversión. Comienza por su **elemento subjetivo**, que, como le ocurre a toda institución propia de la teoría del negocio jurídico, resume toda su evolución dogmática (p. 94). Durante mucho tiempo —y ello deja sus huellas en el BGB y *Codice* 1942—, como secuela del dogma de la voluntad, el negocio final se justificaba por una voluntad de las partes (en su caso, eventual, hipotética, presunta, implícita, integradoramente interpretada, etc...).

Sin embargo, tal voluntad, o es una ficción, puesto que es, *ex hypothesi*, inescrutable, o, como dice Pugliatti, encierra un mero cálculo retrospectivo de probabilidades. La única voluntad clara con la que se puede jugar es la que efectivamente han declarado las partes. Por ello, Díez Soto defenderá que ese elemento sólo permitirá delimitar el supuesto de hecho al que el ordenamiento, en virtud de la peculiar técnica de valoración de la conversión, anudará determinados efectos (pp. 101 y 109). Así es el modelo de autonomía privada que se cincela en Italia.

El requisito subjetivo queda casi absorbido, pues, por el límite operativo ya mencionado de la congruencia, continencia o compatibilidad que ha de mostrar la calificación final respecto del negocio nulo. Todo lo más vendría a expresar la necesidad de que la conversión llegue a una solución **que sea referible a las dos partes del negocio**; a que con la misma no pueda sorprenderse a la contraparte dando relevancia indiscriminada a meros motivos que animaron el negocio verdaderamente querido (pp. 112-118).

Sin embargo, el autor marca también las distancias con la llamada posición objetiva, para la cual la conversión sería exclusivamente el resultado de una valoración del ordenamiento sobre la oportunidad de tal mecanismo para satisfacer, en medida suficiente, los intereses subyacentes a la iniciativa negocial, según buena fe objetiva y con absoluta independencia de la voluntad verdaderamente manifestada por las partes.

Para el autor la conversión no es sino una modificación judicial de la causa del negocio, que permite, alterando dentro de la órbita del concreto interés de las partes, la función jurídica a la que se dirigía (causa), encontrar una vía alternativa para que aquél no sea valorado como nulo (p. 106).

Mecanismo este excepcional (pues se fuerza el funcionamiento normal de la autonomía privada), llamado a operar cuando todos los demás de control del ordenamiento, tanto en relación al negocio (interpretación subjetiva y objetiva, rectificación del *nomen iuris* impropiamente atribuido al negocio por las partes, inserción automática de cláusulas, nulidad parcial, etc...), como en relación a las propias normas legales (interpretación flexible de las normas que imponen la nulidad), han conducido a un resultado de nulidad absoluta (pp. 91, 105 y 108).

V. A continuación Díez Soto se preocupa por diferenciar la conversión de otras figuras jurídicas. La separa, en primer lugar, de la interpretación negocial (*contra*, De Castro). Ciento es que ésta juega un papel esencial: es la que lleva a asignar, en primer lugar, la nulidad al negocio; es la que suministra cuál es el interés práctico de las partes; pero ella no agota la conversión. La interpretación tiene como objeto la declaración negocial en cuanto tal, mientras que la conversión impone la necesidad de ir más allá de la declaración misma, para conseguir la compatibilidad con aquel interés ya interpretado (exhumando incluso meros motivos) (pp. 112 y 115).

Respecto de la integración negocial, recuerda que la conversión no opera en el mismo momento que ella, sino en la fase de valoración del supuesto de hecho. Una vez realizada la conversión, la construcción del (nuevo) reglamento negocial, entonces sí, se producirá conforme a las normas generales (art. 1.258 C.c.) (pp. 116-117).

Algún autor ha identificado la conversión como un cambio de calificación (Ruiz Serramalera; De Castro). Sin embargo, el cambio de calificación es un mero *posteriorius* eventual de una figura, que opera antes y con sumisión a unos principios que no son explicados por una apelación evanescente a un posible efecto suyo (pp. 117, 146). Además, es claro que hay casos en que se rectifica la errónea calificación que han dado las partes a un negocio, sin que ello sea para nada una conversión (p. 142) (es lo que dice Díez Soto ocurre en los arts. 1.203.1, 1.741 y 1.768 C.c.) (p. 157).

Igualmente es meridiana, aunque a veces se ha confundido con la conversión (llamándola voluntaria), la diferencia con el negocio con voluntad eventual o alternativa —donde sí hay voluntad, en su caso suspensivamente condicionada (un ejemplo, no exacto de ello, pero cercano, lo ofrece el art. 3 Ley de Arbitraje Privado) (p. 161); aún más evidente es la distancia que media con la reproducción o renovación del negocio nulo, fundada en una nueva declaración negocial de las partes (p. 142). E igualmente extrae de la conversión la especial regulación que de la nulidad hace la ley, en relación a ciertos contratos: así el mantenimiento de los efectos del contrato de trabajo, salvo que se trate de nulidad por ilicitud del objeto o de la causa

(p. 143), o la irretroactividad de la sentencia que declara la nulidad del contrato de sociedad por acciones, que viene equiparada a una causa de disolución de la sociedad a efectos de su liquidación (art. 35 LSA).

Respecto a la nulidad parcial, entiende que ésta tiene *ratio* diferente: *utile per inutile non vitiatur*. La nulidad parcial se da sobre un fragmento del negocio, mientras que la conversión afecta a todo él; el negocio parcialmente nulo es siempre idéntico, desde el punto de vista causal, al originariamente celebrado, aunque con un contenido reducido, mientras que la conversión determina una mutación de la causa original del negocio (pp. 74, 144-145).

Parecida distancia existe entre la conversión (sustancial) y la sustitución automática de cláusulas negociales, pues su *ratio* no es tanto reconducir la iniciativa negocial dentro de los límites de la ley, cuanto evitar la frustración de la finalidad de las normas que imponen unos efectos determinados para un dado supuesto de hecho. La sustitución automática, como la llamada conversión legal, opera con independencia de toda consideración a la autonomía privada, aunque no necesariamente contra ella: el contenido legal se integra en el reglamento negocial, que resulta así mantenido en vida, sin modificar su naturaleza, sobre la base del art. 1.258 C.c. [es lo que Díez Soto entiende sucede con los arts. 1.669, 1.451 C.c., el 729 C.com (*contra*, Vallet de Goytisolo), el antiguo art. 1.318.2 C.c. o el art. 2.2 de la Ley sobre Venta de muebles a plazos (*contra*, Díez-Picazo y Gullón)] (pp. 157-158).

Separa también la conversión del régimen jurídico aplicable a un negocio simulado. En la simulación el negocio disimulado es querido y realizado, aunque cubierto, por lo que nada hay que corregir en él, salvo su embozamiento, mientras que en la conversión la voluntad se dirige, en concreto, sólo al negocio, diáfano, que después resulta inválido (pp. 146-147).

VI. Lógico es, con estas premisas, que el autor defienda que la conversión funcione *ipso iure* (y no a instancia de parte). Incluso defiende que la conversión se imponga, aunque **ahora** a una de las partes ya no le interese la operación negocial. Es lo coherente con la naturaleza de las normas que imponen la nulidad, con las que se emparenta. Por ello, la sentencia que declara la conversión es declarativa, y no constitutiva (p. 119) y el juez, en un plano teórico, puede dictar la conversión *ex officio* (p. 121).

En cuanto al ámbito de la conversión, expone como pacífico que valga para todo negocio jurídico (p. 123); ahora bien, excluye a los sometidos a régimen de anulabilidad (que tienen otras vías para su sanación) (p. 127) (*contra*, De los Mozos), y a los incluidos en la vaporosa categoría italiana de la **ineficacia** (p. 129) (*contra*, De los Mozos); y niega que pueda jugar allí donde el legislador predisponga un *numerus clausus* de tipos negociales para un determinado efecto (como es usual en Alemania) (p. 135). Por el contrario, entiende que la conversión puede darse incluso en Italia con negocios nulos por ilicitud (de la causa, objeto, o por fraude de ley), en contra de la doctrina mayoritaria italiana.

La conversión, con estas premisas, no puede implicar, en principio, cambio en los sujetos participantes (p. 137). Pero Diez Soto admite supuestos de conversión de negocios bilaterales en negocios unilaterales: por ejemplo, un pacto sucesorio en testamento.

VII. Por último, el autor afronta, en el tercer capítulo de su obra, el aspecto que más interés reviste: ¿hay base para defender el juego de la conversión en el ordenamiento jurídico español?

Vallet y De los Mozos, casi los únicos autores que se han ocupado de esta figura entre nosotros, dieron respuesta positiva, con apoyo básicamente de los siguientes argumentos: a) nuestro ordenamiento prevé distintas hipótesis de conversión formal y legal, que pueden considerarse expresiones de un principio más amplio; b) hay precedentes en nuestro Derecho histórico; c) cabe fundamentarla en los principios generales (buena fe, conservación del negocio y autonomía de la voluntad).

Sin embargo, Diez Soto ya descalificó el primer argumento (pp. 59 y 159) (desmantela aquí nuevos ejemplos pretendidos de conversión legal que suele suministrar la doctrina patria y recuerda el diferente fundamento de la misma y de la conversión sustancial). Y, siendo obvia la crítica que efectúa a los precedentes históricos (p. 166), reenvía también a la demostración que cree haber efectuado de que ni el llamado principio de conservación del negocio, ni los de buena fe, confianza o responsabilidad negocial pueden ofrecer ese asidero necesario para admitir la conversión en nuestros lares.

Con corrección descarta que pueda apoyarse la conversión en los arts. 1.276 y 1.301 C.c., al hablar de causa falsa (Puig Peña), puesto que el primero alude al fenómeno de la simulación relativa, y el segundo a un caso de error en el consentimiento (p. 155).

Y, por último, se detiene a desmontar, desde sus posiciones, todos y cada uno de los supuestos que la doctrina expone como aplicaciones claras de conversión sustancial: conversión del derecho real de prenda nulo en retención (De los Mozos), casos en que, exigiendo el ordenamiento una forma para que un negocio produzca un efecto real, dicho negocio se convierte en «meramente obligatorio» (arts. 1.280.2, 3, 4, 1.219, 1.230, 1.865, 1.875 C.c.); conversión de un negocio de transmisión de un derecho real intransmisible (uso y habitación) en cesión del ejercicio; contratos reales que se convertirían en meros precontratos; contrato de transacción nulo en reconocimiento o remisión de deuda; etc...

Se acerca, de ese modo, a la conclusión apetecida: no es necesaria, ni encaja, en nuestro ordenamiento la conversión.

A la hora de aceptarla nuestra doctrina se ha apresurado a copiar los modelos alemán e italiano, sin sopesar cabalmente las diferencias notables que con ellos nuestro sistema jurídico-privado presenta.

La conversión juega un papel importante en el BGB y en el *Codice* de 1942, porque, dado el formalismo que en ellos se prodiga, son muy nume-

rosos los supuestos de nulidades por defectos formales. No resulta casual que, por ejemplo, nuestro Código civil no haya acogido expresamente (apartándose del proyecto de 1851 —art. 1.187.3—) la posibilidad de una confirmación del negocio sin forma por medio de su cumplimiento voluntario, lo que se ve rubricado con las dificultades que plantea en nuestro sistema la aplicación de la doctrina de los propios actos en sede de negocios nulos por defecto de forma (pp. 189-190).

Análogamente, en Alemania e Italia la conversión tiene otro campo abonado por el principio de tipicidad excepcionalmente fuerte que existe en numerosos ámbitos negociales (pensemos en los derechos reales, relaciones patrimoniales entre cónyuges o creación de entidades societarias). En nuestro ordenamiento no se dan tales restricciones (p. 190).

La conversión puede jugar allí donde el principio de autonomía privada permite que el juez modifique la causa negocial según intereses supraindividuales. Y no es ésa la concepción de la misma que ofrecen nuestras leyes, imbuidas aún netamente de la concepción beligerantemente liberal del *Code* francés, que sólo contempla el problema de las relaciones de la misma con la ley desde una óptica negativa de límites para la primera (p. 172) (*contra*, Albaladejo).

Por otro lado, en nuestro ordenamiento la infracción a una norma, salvo específica eficacia sancionatoria, es la nulidad (art. 6.3 C.c.), por cuanto aquilate ese efecto la jurisprudencia (p. 172). Y el negocio nulo no puede producir ningún efecto y la voluntad que lo animó no puede ser reutilizada, salvo los casos expresamente previstos por el legislador, como los que suscitan la llamada conversión formal.

No es irrelevante que en Francia la figura de la conversión no haya sido acogida nunca (como tampoco lo ha sido la elaboración más general del negocio jurídico) (pp. 34 y 190). Ni tampoco es despreciable el hecho de que los Tribunales de nuestro país hayan ignorado la figura y, a la hora de abordar supuestos que la podrían haber bautizado, hayan optado por acudir a otras soluciones, o bien hayan mantenido la invalidez del negocio con todas sus consecuencias.

En opinión conclusiva del autor, son claros los mecanismos que, en un caso de nulidad, nuestro legislador ofrece para conseguir flexibilidad, en lugar de la foránea conversión, infravalorados por una doctrina española, ávida de importar todo lo alemán (normalmente, vía Italia): interpretación estricta o teleológica de la norma sancionadora, calificación de los negocios conforme a su causa concreta, interpretación del negocio conforme a la intención de las partes o a la buena fe, integración del reglamento negocial, nulidad parcial y sustitución automática de cláusulas contrarias a normas imperativas, límites impuestos al ejercicio de los derechos por la buena fe y la doctrina sobre el abuso de derecho, aplicación analógica de los supuestos legales de conversión formal (eventualmente, también de la legal), etc.

Si, agotados estos instrumentos, no se logra matizar la nulidad, será la **nulidad lo aplicable**. Y ello, sin olvidar que, aun entonces, podrán encontrar aplicación otros instrumentos destinados a corregir y encauzar, conforme a criterios de justicia y equidad, sus consecuencias (al margen, obviamente, de la posible repetición del negocio por los interesados con sujeción a las exigencias del ordenamiento): protección de la apariencia y la confianza dentro de los límites legales, responsabilidad precontractual, negación de la repetición de lo dado por causa torpe; aplicación de la doctrina de las obligaciones naturales (p. 203), etc.

VIII. En suma, nos encontramos con una obra que encara un tema complejo donde los haya, por sus insidiosas implicaciones ideológicas y por ubicarse en el corazón mismo de la teoría del negocio jurídico.

Ciertamente, el lector interesado encontrará aspectos discutibles (¿qué obra no los tiene?). Por ejemplo, a juicio de quien esto escribe, es notoria la incerteza con que el autor maneja los conceptos de acto y negocio jurídico, prefiriendo utilizar frecuentemente el menos espinoso de contrato; delicada es la concepción de la causa que maneja, en un difícil eclecticismo entre la clásica construcción de De Castro y la definición objetivadora que de la misma se da en Italia; y dudoso es el papel tan limitado que le reconoce en nuestro ordenamiento a los principios de confianza y de responsabilidad negocial. Sin duda, a alguien podrá parecerle paradójico que más de dos terceras partes de la obra se dediquen a analizar una figura, que sólo al final se estudia en relación con el sistema jurídico español y, a la postre, para negar su operatividad en el mismo.

Pero todo lector de buena fe apreciará la dificultad del trabajo, que obliga, de consuno, a tomar castigo en la dogmática del negocio jurídico y en la casuística rabínica de la pléyade de supuestos (pretendidos) de conversión que en los recodos más insospechados del ordenamiento se creen detectar. Todo lector bienintencionado habrá de conceder que la obra consigue un óptimo equilibrio entre ambos extremos y que toda ella está adornada de una virtud no siempre frecuente: ponderación y sentido común.

En conclusión, estamos ante un trabajo ineludible en el futuro para quien quiera ahondar en la problemática particular de la conversión. Y, en general, su lectura puede ser muy provechosa para todo aquel que, con posición concordante o discrepante, albergue interés sobre la doctrina del negocio jurídico, sobre la importancia y función del principio de autonomía privada, sobre el régimen general de ineeficacia de nuestro ordenamiento, y sobre las analogías y enormes diferencias que entre éste y los demasiado frecuentemente copiados ordenamientos italiano y alemán se pueden trazar.

TOMÁS RUBIO GARRIDO
Profesor TU de Derecho civil
Universidad de Sevilla

International Family Law. A Scandinavian Approach. Edited by Lis Frost. The University of Aarhus, 1994, 115 páginas.

Al jurista español, y me atrevo a decir que también al Profesor universitario, el Derecho escandinavo le resulta distante y distinto. Lejano, pero ya menos desde que nos incorporamos a la C.E. y con perspectivas de nuevas incorporaciones; difícil de clasificar, porque no acertamos a incluirlo en las categorías habituales de los sistemas y familias que manejamos habitualmente (no parecen estos países haber sido muy influidos por el Derecho Romano; ¿son Derechos germánicos o más bien de la *Common Law*?). Quizá alguno haya leído que desde hace más de medio siglo se han producido intentos de uniformización, especialmente en el ámbito del Derecho de Familia, y por ello sale del trance con cierta facilidad, hablando de un sistema jurídico escandinavo independiente. Pero si me ocupo hoy de dar cuenta de este volumen, no es tanto por informar sobre un Derecho, de alguna manera, exótico, cuanto por destacar como se merece el esfuerzo que despliegan algunos juristas de estos países, y también sus instituciones, por «salir al exterior», por romper las barreras lingüísticas que les separan del mundo jurídico occidental; como ejemplarmente lo está haciendo Holanda desde hace varios años (emblemático resulta la casi simultánea aparición de la versión franco-inglesa de su nuevo Código civil, con la fecha de su entrada en vigor), y lo intentaron los juristas de los antiguos países comunistas del Este de Europa.

En el prólogo se explica por el editor la gestación de esta obra. En junio de 1993 tuvo lugar en la Universidad de Aarhus un Congreso sobre el Derecho Internacional de la Familia, y muchas de las Ponencias escandinavas en él presentadas, se pensó que podrían interesar al Congreso de Cardiff que iba a celebrarse en mayo-junio 1994; así surgió el presente volumen traducido al inglés para la ocasión. Añádase, para completar la historia, que se repartió gratuitamente a los congresistas.

El volumen se compone de nueve trabajos divididos en dos partes. Trata la primera del régimen económico del matrimonio y de los alimentos entre cónyuges; comprende tres estudios que tratan respectivamente: el primero relativo al régimen conflictual sueco; al danés el segundo, y al noruego el tercero. La segunda parte es más amplia, pues abarca la filiación, paternidad, guarda, derecho de visita y sustracción de menores; incluye seis trabajos relativos a alguna de estas cuestiones en el Derecho Internacional Privado de Suecia, Noruega o Dinamarca.

Se trata, sin duda, de una aproximación o primer contacto con una de las materias de mayor actualidad del Derecho Internacional de la Familia. No es el único caso de este ejemplar esfuerzo.

TORRES LANA, José Ángel, y CAVANILLAS MÚGICA, Santiago:
Código de Derecho del Consumo, Editorial Trivium, Madrid, 1994,
1406 páginas.

Los profesores Torres Lana y Cavanillas Múgica han vuelto a publicar, a los cinco años de la aparición de su primera edición, un «Código de Derecho del Consumo». Dejando a un lado la dudosa cuestión de la autonomía del llamado «Derecho del consumo», rechazada ya, acertadamente a mi juicio, por los autores de esta obra en el prólogo a la edición de 1989, no cabe discutir la enorme utilidad práctica que ofrece la obra que se presenta al público. Es conocida la heterogeneidad y diversidad de normas relacionadas con la protección de los consumidores: comunitarias, estatales, autonómicas...; de Derecho administrativo, penal, mercantil, civil, procesal...; relativas a vivienda, turismo, transportes, alimentos, servicios y actividades profesionales... La sistematización, y aun previamente la localización e identificación de estas normas, cuando se pretende un acercamiento a la materia, o cuando más concretamente se busca la solución a determinado problema planteado, resulta tarea complicada. En este sentido, es llamativo que el volumen a que me estoy refiriendo recoja, de forma sistemática, las principales disposiciones sobre una materia que se presenta como inabarcable, y en la que no resulta nada fácil señalar sus límites.

Se trata, en definitiva, de un «Código» que incluye, por transcripción o referencia, más de mil disposiciones. Prescindiendo de planteamientos dogmáticos, y continuando la línea de la primera edición, dirigida a lograr la utilidad del usuario, los autores han estructurado la obra en dos Libros: una Parte General (que, junto a la normativa general, contiene la normativa más fundamental, como es la relativa a la contratación, responsabilidad civil, publicidad, precios, comercio interior, homologación, normalización y seguridad de los productos, infracciones y sanciones, asociaciones y cooperativas de consumidores y usuarios, acceso a la justicia y arbitraje) y una Parte Especial en la que se recogen las disposiciones relativas a distintos tipos de productos o servicios (alimentación, vehículos de motor, aparatos, muebles y utensilios de uso doméstico, productos textiles, de vestir y su limpieza, productos para niños, cosméticos y farmacéuticos, químicos, tabaco, viviendas, transportes, suministro de energía eléctrica, teléfonos y telecomunicaciones, servicios postales, ocio, espectáculos y juego, turismo y hostelería y servicios bancarios). Una y otra parte se dividen en títulos, capítulos y, en ocasiones, secciones. Para cada materia o sector las disposiciones se ordenan por su origen comunitario, estatal y autonómico. Con el fin de evitar un desbordamiento excesivo de la obra, los autores han optado en ocasiones por referenciar determinadas disposiciones en lugar de transcribirlas total o parcialmente: así se hace, especialmente, con disposiciones de carácter eminentemente técnico o de inferior rango pero que, en su caso, podrán ser fácilmente localizadas por el usuario interesado en ellas a través de la información proporcionada.

En el aspecto formal cabe destacar además que, pese al elevado número de disposiciones recogidas en el volumen, éste resulta de cómodo manejo. La letra es grande y clara, cuestión que no es intrascendente y que facilita la consulta de la obra. En ocasiones los autores han completado el volumen con anotaciones a pie de página, imprescindibles cuando ha existido un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre alguna disposición recogida en la obra, así como en los supuestos en que, en relación a normas reglamentarias, el Tribunal Supremo ha declarado su nulidad. Se incluyen también a lo largo de la obra notas marginales que remiten a disposiciones del Apéndice de actualización en el que los autores han recogido, al final del volumen, las «Últimas disposiciones» publicadas tras el cierre de su preparación. Las normas incluidas van acompañadas, además, de un índice analítico.

Sólo resta felicitar a los profesores Torres Lana y Cavanillas Múgica, deseando que, pese al trabajo que reportan este tipo de obras, nos sigan facilitando en un futuro el acercamiento y estudio a estas materias, a medida que el paso del tiempo así lo exija para una precisa actualización.

M.^a ÁNGELES PARRA

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Metodología de la determinación del Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 1994. Un volumen de XX + 1317 páginas.

Hemos aquí ante una gran obra de este consagrado e ilustre Maestro del Derecho que es Vallet de Goytisolo. Con ella nos plantea la más importante cuestión del método («mezodos» o camino) para el conocimiento y realización del Derecho, de este fundamental arte de la Jurisprudencia, ciencia de la alteridad que trata de lograr que se realice lo mejor y lo más justo en nuestras relaciones jurídicas. Tarea ésta cotidiana y necesaria dentro del ámbito del ejercicio de los deberes y obligaciones de las personas, así como la titularidad de los derechos propios y ajenos, lo cual exige el noble ejercicio del saber y de la reflexión mediante el empleo de la razón humana conforme a las exigencias de la naturaleza y del espíritu. Mediante este intento de ejercicio de la sabiduría a través de su fundamentación física y metafísica, se pretende lograr el reconocimiento más auténtico y la realización mas justa del Derecho. Para ello, Vallet nos conduce mediante un completísimo análisis histórico y deductivo sobre las ideas de los más cualificados autores que han antecedido en esta tarea.

En la introducción general, Vallet aclara cómo, una vez planteada la metodología de las leyes en su anterior obra¹, entra ahora sobre la metodología de la determinación del Derecho, para concluir con una metodología

¹ VALLET DE GOYTISOLO, J., *Metodología de las leyes*, Madrid, 1991.

de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho. Entre estas dos primeras metodologías, entiende que hay una diferencia que fue ya esbozada por Aristóteles, explicada por Tomás de Aquino y puesta en evidencia por Portalis. Además aclara los distintos modos de individualización del Derecho según Savigny, Castán Tobeñas, Federico de Castro y Ronald Dworkin.

La perspectiva histórica, la desarrolla Vallet en cinco amplísimos títulos. El primero expone el método de los jurisconsultos romanos, donde destaca cinco perspectivas referentes a la interpretación en la jurisprudencia antigua hasta el siglo II a.C., la interpretación en la jurisprudencia de los siglos II y I a.C., el método de la jurisprudencia clásica desde el Principado hasta Adriano (30 a.C. a 130 d.C.), las variaciones en la época clásica tardía, desde el 130 al 230 d.C., y, por último el método para determinar el Derecho en la época postclásica.

El título II abarca tres amplios apartados: I. De los derechos romano-bárbaros a la desintegración del *ius commune*, con el examen de los cartularios, las escuelas de Derecho y las costumbres de la Alta Edad Media, el *ius commune* y el *ius proprium* en la determinación del Derecho. Se refiere particularmente al Derecho divino —revelado y natural—, a la desformalización del Derecho, al pactismo político en la base del Derecho municipal y del territorial, las «chartes de franchises» y el «droit coutumier» en Francia, las cartas de población y de franquicia y los fueros en España, las costumbres y estatutos corporativos y marítimos, las costumbres feudales y sus compilaciones, el desarrollo científico del Derecho canónico realizado por Graciano, los concilios y decretales posteriores al Decreto y la compilación de Decretales por Raymundo de Peñafort. El apartado siguiente trata sobre el método de determinar el Derecho por los juristas en los períodos del «*ius commune*», donde aporta una importante perspectiva teórica de la determinación del Derecho expuesta por Tomás de Aquino y el Derecho romano justiniano, la labor de los glosadores, de los comentaristas y la aparición de una jurisprudencia cautelar y el Derecho notarial compuesto de fórmulas y formularios, cláusulas de estilo y cautelas instrumentales.

El título III comprende la época de las grandes crisis y consiguientes fracturas. Desde la crisis del nominalismo hasta la revolución francesa. Vallet hace una introducción panorámica sobre los métodos antiguos y modernos ante la crítica de Gian Battista Vico y la aplicación de los métodos nuevos tendentes a desplazar los viejos para la determinación del Derecho. Concreta esta época en nueve amplísimos apartados donde analiza los albores del humanismo en la génesis del Estado moderno y en el declinar de la escuela de los comentaristas en Italia, la irrupción de filólogos y eruditos en el campo jurídico hasta la formulación del *mos galicus*, la tópica y la lógica jurídicas en la modernidad, el influjo de la teología en el método jurídico en la Reforma protestante, las bases del bajo medievo en que se apoyaron los cambios producidos en la modernidad (Duns Escoto y Guillermo de Ockam) el influjo de la teología de la Reforma protestante en la metodología de la determinación del Derecho (Lutero y Calvin), la in-

fluencia de los teólogos-juristas españoles en la determinación del Derecho, particularmente Francisco de Vitoria, las variaciones de Domingo de Soto, la visión conjunta de las leyes eterna y natural de Luis de Molina, el sistema teológico-jurídico de Francisco Suárez y su repercusión en el método jurídico, la sustitución de la teología por la razón humana abstracta de Gregorio de Rímini a Hugo Grocio, el posible eslabón entre el nominalismo y el Derecho natural de Vázquez de Menchaca, Hugo Grocio y Puffendorf, la rama idealista del Derecho natural y de gentes de las nuevas corrientes metodológicas en el siglo XVII, el empirismo y la imitación de las ciencias físicas propugnadas por Bacon y su aplicación a las ciencias sociales, el inicio de la línea racionalista pura, del nominalismo radical de Hobbes al contrato social de Rousseau y el empirismo *escéptico* de Hume, la continuación del racionalismo en la escuela del Derecho natural y de gentes y en el Derecho natural iluminista de Puffendorf, Leibniz, Thomasius y Wolff; la personalidad con pensamiento propio dentro del movimiento de la Modernidad de Vico y Montesquieu y el método para alcanzar el conocimiento de los principios de la historia ideal y eterna de Vico. El apartado noveno, se cierra con un examen de la concreción legislativa y consuetudinaria, doctrinal, judicial y notarial del Derecho que comprende la perspectiva general de la determinación del Derecho en los siglos XVI al XVIII, con la penetración de los ideales racionalistas en la vida práctica del Derecho, concretándose a las determinaciones legislativas y consuetudinarias del Derecho en el Reino de Castilla, el Derecho hispano-indiano, del Señorío de Vizcaya y de la Tierra de Ayala, de los Reinos de Aragón, Valencia, Mallorca, Navarra y el Principado de Cataluña. Vallet aborda la determinación judicial del Derecho en este período con la creación de tribunales, el influjo en la doctrina de la escuela romanista y la del Derecho natural y de gentes (Domat y Pothier) y la sistematización del «common law» (Coke y Blackstone), particularizando, por último, sobre la concreción notarial del Derecho en los siglos XVI, XVII y XVIII en el Reino de Castilla y en Cataluña.

El título IV de esta documentadísima obra de Vallet trata sobre la reducción del método jurídico a la aplicación de las normas del Derecho positivo en el siglo XIX, donde destaca, primero la Escuela de la exégesis, los propósitos iluministas y la voluntad de Napoleón frente a la concepción jurídica de la comisión redactora del Proyecto de «Code civil des français», la plenitud de la ley escrita y sus reglas de interpretación y el abuso de la lógica; a continuación, recoge la concepción de la Escuela histórica alemana, su manifiesto fundacional, hasta la jurisprudencia de conceptos. La metodología jurídica del joven Savigny, el concepto de «sistema» del Derecho romano actual y su interpretación, así como la visión histórica y orgánica de Gierke, los avatares de la dogmática conceptualista de Puchta y el tránsito de la ciencia del Derecho de su tiempo hacia la «jurisprudencia de conceptos» y su culminación en Windscheid, las críticas frontales a esa dogmática conceptualista por Kirchmann y la jurisprudencia pragmática de la «lucha por el Derecho» o el «fin del Derecho» de Ihering.

Vallet pasa al examen del método en el Derecho inglés y destaca a John Austin y su jurisprudencia analítica, dentro de la línea nominalista de Hobbes y Bentham, con la pretensión de derivar todo el Derecho del poder soberano del Estado, así como la «analytical jurisprudence» de John Austin.

Ya dentro de España, Vallet pasa a las escuelas de los foralistas de orientación histórica en la España del siglo XIX y destaca la recepción de la Escuela histórica alemana en Cataluña (Durán y Bas) y la línea tradicional del Derecho catalán (Falguera). Para Aragón, recoge la concepción del Derecho y su criteriología jurídica, como la de Costa, de los hechos sociales creadores de normas.

El apartado sexto de este título concluye con la determinación judicial y notarial del Derecho en el siglo XIX, refiriéndose concretamente a Francia y a la determinación del Derecho por el Tribunal Supremo en la España decimonónica, para concluir con la determinación notarial del Derecho en este siglo pasado.

El título V de esta magnífica y densa obra comprende la apertura más allá del conceptualismo y más abajo y más arriba del positivismo normativista en este último siglo, donde se analiza el normativismo positivista de Zitelmann a Kelsen y el retorno de Bobbio al logicismo interpretativo de las leyes, según la voluntad del legislador conforme a la plenitud del ordenamiento positivo y de su autointegración. También se exponen las reacciones del movimiento del Derecho libre contra el positivismo legalista y el conceptualismo comprende la rama sociologista formulada por Erlich, la judicialista del movimiento del Derecho libre, con la crítica del método positivista dogmático por Kantorowicz hasta alcanzar el Derecho libre. La reacción de Heck y la jurisprudencia de intereses contra el conceptualismo, sin salir del positivismo legalista, es destacada por Vallet. Además, se analizan los intentos y logros para superar el positivismo legalista en Francia, los esfuerzos de Duguit y Hauriou con su realismo sociológico fundado en la solidaridad y su comprobación pragmática, la superación del método exegético por Geny con la libre investigación científica, el método de Villey para la integración del Derecho, así como la perspectiva de una sociología del Derecho sin rigor y ponderada de Carbonnier.

El siguiente apartado trata la reacción en Italia contra el positivismo normativista y contra su inmanencia, con los ejemplos de la discrepancia o incomodidad de tres grandes juristas con el vigente positivismo legalista: Biondo Biondi y su perspectiva de la Ciencia del Derecho como arte de lo justo, la técnica de la metodología y el arte de la interpretación en el juicio, según Carnelutti, la deficiencia legislativa y la necesidad de que la interpretación acuda a los principios generales del Derecho trascendentes a los confines del Derecho positivo que propugna Betti.

Para España, Vallet presenta la actitud de los foralistas de este siglo y la continuación de la polémica acerca del ámbito del Derecho foral después de publicado el Código civil en materia de las fuentes en general y, en

especial, de la costumbre. La tradición jurídica en los Derechos forales, es materia que Vallet trata cuidadosa y pormenorizadamente respecto a las escuelas iusforalistas de los diversos territorios de España, aportando una completísima literatura jurídica de cada ordenamiento foral, para concluir dando una perspectiva coyuntural del Derecho foral actual, con sus fuentes. ordenamiento y tribunales propios, basados en sus peculiaridades y costumbres.

El apartado siguiente se dedica a exponer una panorámica de los principales autores españoles que han entendido el ordenamiento jurídico español abierto a la justicia suprapositiva de los principios generales del Derecho, así como los defensores de la estimativa o de una jurisprudencia realista. De Diego propone la determinación del Derecho mediante los principios generales en relación con las normas positivas a través de la «analogía iuris». Castán Tobeñas mediante la equidad, Roca Sastre con el Derecho institucional, Castro y Bravo, según el carácter informador del Derecho positivo que corresponde a los principios generales, Hernández-Gil a base del ordenamiento jurídico español abierto a la idea de justicia y Puig Brutau al tomar la jurisprudencia como expresión del Derecho. También habría que constatar la figura de Álvaro D'Ors, que, si bien se toma en cuenta para la concepción jurídica romana (p. 47 y ss.), sus contribuciones actuales sobre el realismo judicial como fuente del Derecho son definitivas.

En el apartado siguiente, Vallet puntuализa la trayectoria de la ciencia jurídica alemana de este siglo que inicia la búsqueda de los valores con la «Wertungsjurisprudenz» o jurisprudencia estimativa, la inquietud por salir del positivismo, tanto jurídico como científico, el intento neokantiano del neocriticismo formalista recurrente a la pauta del «Derecho justo» o «idea formal de la justicia», los valores según la idea de Husserl, la aportación al tema de la ética material de Max Scheler, el intento de la ontología de Hartmann, la naturaleza de las cosas y su relación con los principios supral legales, la «concretización» del Derecho como tendencia a lo real, la complementación de lagunas y corrección de las leyes defectuosas dentro del posible respeto a lo legislado, según Engisch, y el método del desarrollo judicial del Derecho que propugna Larenz.

Otro apartado lo dedica Vallet a una perspectiva panorámica de las tendencias observadas en el Derecho anglo-americano o «common law» durante el presente siglo, destacando la sustitución del método del precedente por el del «casemethod» y el paso de éste a la redacción antiformalista del pragmatismo jurídico, la «sociological jurisprudence», el «legal realist» o realismo jurídico norteamericano y la aplicación de la «jurimetría económica» al Derecho, la crítica de Roscoe Pound a la interpretación economista del Derecho y el discernimiento judicial según Ronald Dworkin.

No podía faltar que Vallet, dada su gran profesionalidad como notario, y dada la importancia que en el mundo actual se atribuye a la seguridad jurídica, junto a la determinación judicial del Derecho, destaque la faceta notarial, tanto para Inglaterra como para el Continente europeo. También,

pone de relieve la importancia de la Sala Primera del Tribunal Supremo español en esta tarea de la determinación del Derecho.

Finalmente, Vallet concluye su obra preocupado ante la persistencia del positivismo en estas últimas décadas, si bien se produzca la apertura de la jurisprudencia de intereses a la consideración de éstos más allá de la ley positiva, atendiendo a las realidades vitales y a la capacidad humana de poder. Además, considera cómo la jurisprudencia estimativa trata de seguir los principios generales de justicia, con una apertura al Derecho natural y una concepción tridimensional («justicia», «norma» y «conducta social») que reconoce el valor de la dignidad y autonomía de la persona humana. Pero advierte cómo las grandes dosis de conocimientos sociológicos, la persistencia de la pirámide kelseniana del positivismo jurídico, el economicismo de las concepciones tecnócratas siguen imponiéndose. De ahí que respecto a los rebrotos del neopositivismo lógico, de cuya proyección en la lógica deontica y en la analítica del lenguaje hoy aparecen, se ocupará en la siguiente parte sistemática de su obra.

Un índice de autores citados cierra este gran volumen, producto de su enorme laboriosidad, de su poder de síntesis y crítica, así como de su profundidad de pensamiento.

JOSÉ BONET CORREA

Revistas extranjeras

A cargo de: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ
Rosario DÍAZ ROMERO
M.^a Paz GARCÍA RUBIO
Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA
Carmen JEREZ DELGADO
Alma M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN
Isabel SIERRA PÉREZ

SUMARIO: I. Derecho civil. 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varias. II. Derecho mercantil. 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal. Abreviaturas.

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

1. ADDIS, F.: «Fonti legali della proprietà privata e decentramento normativo», RDC, 1994, núm. 1, parte seconda, pp. 15-65.

Comentario relativo a la teoría de las fuentes en el Derecho civil, y descentralización normativa en el ámbito de las relaciones privadas y el Derecho privado regional. (**R.D.R.**).

2. ALPA, G.: «L'équité», NGCC, 1994, núm. 3, mayo-junio, parte segunda, pp. 231-234.

Equidad normativa (Código civil) y equidad jurisprudencial. Principios de equidad. (**A.R.G.**).

3. BLAUROCK, U.: «Europäisches Privatrecht», JZ, 1994, pp. 270-276.

El Derecho europeo está afectando a un número creciente de campos que pertenecen al Derecho privado. En el interior de los países de Europa se construye paulatinamente un Derecho privado unificado cada vez más fuerte. El artículo muestra el camino hacia esta unificación jurídica y pone en evidencia sus más inmediatas dificultades. El autor se manifiesta en contra de una codificación general del Derecho privado unificado, pero

se pronuncia por una más fuerte europeización de la conciencia jurídica en el campo del Derecho privado. (M.P.G.R.).

4. BYDLINSKI, Franz: «*Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht*», ACP, 1994, pp. 319-351.

Criterios y sentido de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. (I.G.P.).

5. FERRERI, S.: «*Nella spirale delle fonti di diritto integrate. A proposito di un libro recente*», RDC, 1994, núm. 2, parte segunda, pp. 103-117.

El problema de la colisión de fuentes entre el ordenamiento jurídico italiano y la normativa de Derecho comunitario, tratado con ocasión de la publicación de la obra de P. Perlingieri en 1992, *Diritto Comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*. Control de constitucionalidad y posibles remedios. (R.D.R.).

6. GÖTZ, V.: «*Auf dem Weg zur Rechtseinheit in Europa*», JZ, 1994, pp. 265-269.

El ordenamiento jurídico europeo está en una expansión dinámica, elaborado bajo el signo de un mercado interior en funcionamiento. De ello resulta, según el autor, su marcado carácter económico. El posterior fin de construcción de la unidad política a través de la unidad jurídica todavía no está aún hoy logrado. (M.P.G.R.).

7. HORN, Norbert: «*Die Rolle des Zivilrechts im Prozess der Wiedervereinigung Deutschlands*», ACP, 1994, pp. 177-230.

La unificación alemana ha generado un nuevo campo de estudios jurídicos: el Derecho de la unificación («Wiedervereinigungsrecht»), cuyas fuentes se encuentran en el Acuerdo de unificación («Einigungsvertrag») y el «Staatsvertrag», así como en una serie de disposiciones especiales. La ciencia civilística se enfrenta así a un reto cual es solventar los numerosos problemas que inevitablemente se plantean hasta alcanzar la deseada meta de la unificación jurídica. El autor pone de relieve el papel central que corresponde al BGB en la integración económica y cultural de la antigua DDR, en la transformación de las estructuras dejadas por el socialismo y en la obtención de condiciones de vida iguales para todos. (I.G.P.).

8. IRTI, N.: «*Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)*», RDC, 1994, núm. 1, parte prima, pp. 15-23.

Estudio sobre la interrelación entre la forma de Estado y el ordenamiento jurídico. Importancia de la autonomía privada. Su modalidad de libertad asociativa como método de producción jurídica y factor determinante y característico de las formas de Estado. La autonomía privada y su relación con el Estado democrático. (R.D.R.).

9. MATHIEU, B.: «*Droit constitutionnel et droit civil: "de vieilles outres pour un vin nouveau"*», RTDC, 1994, núm. 1 (enero-marzo), pp. 59-65.

Estudio de la relación existente entre ambas ramas jurídicas. (Aranda/Sierra).

10. OPPO, G.: «*Diritto privato e interessi pubblici*», RDC, 1994, núm. 1, parte prima, pp. 25-41.

Consideraciones en torno a los puntos de conexión entre el Derecho privado y el público, y la necesidad de perseguir una efectiva armonía entre ambas ramas jurídicas. (R.D.R.).

11. PAULUS, CH.: «*Ein Plädoyer für unscheinbare Normen*», JUS, 1994, pp. 367-370.

El autor trata de demostrar la capacidad de adaptación de las normas y la modificación de su interpretación a lo largo del tiempo, tomando como ejemplos tres preceptos concretos: el § 1 del BGB («La capacidad de la persona comienza con el nacimiento»), el § 2 del BGB («La mayoría de edad se alcanza al cumplir dieciocho años»), y el § 184 de la GVG («La lengua de los tribunales es el idioma alemán»). (M.P.G.R.).

12. REDEKER, K.: «Deutsche Juristen jüdischer Herkunft», NJW, 1994, pp. 1-4.

Recensión al libro de igual título en el que se plasman cuarenta y tres biografías de otros tantos juristas alemanes de origen judío y la impronta que los mismos han dejado en la historia jurídica alemana. (M.P.G.R.).

13. RESCIGNO, P.: «Il codice civile del 1942 oggi: visto dalla scienza giuridica», RDC, 1994, núm. 1, parte prima, pp. 1-13.

Reflexión sobre el Código civil italiano de 1942 con ocasión de su cincuenta aniversario. Factores metodológicos políticos y económicos al tiempo de la codificación y el escaso interés mostrado por las revistas jurídicas de la época. Sistema político y teoría del negocio jurídico. Código civil general y códigos especiales: Derecho de familia y Derecho del trabajo. (R.D.R.).

14. SCHIPANI, S.: «Il codice civile spagnolo come ponte fra sistema latinoamericano e codici europei», RDC, 1994, núm. 2, parte prima, pp. 359-397.

El Código civil español como elemento comunicador del sistema jurídico latinoamericano y los códigos europeos, en la formulación del reenvío a los principios generales del Derecho. (R.D.R.).

15. SCHWENNICKE, A.: «Zwischen Tradition und Fortschritt- Zum zweihundertsten Geburstag des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794», JUS, 1994, pp. 456-460.

Entre tradición y progreso. Hacia el bicentenario del Código civil prusiano de 1794. (M.P.G.R.).

16. ZACCARIA, G.: «Diritto come interpretazione», RDC, 1994, núm. 2, parte prima, pp. 303-341.

Revisión de la interpretación del Derecho mediante la relación del pensamiento de Dworkin y la hermenéutica. (R.D.R.).

2. DERECHO DE LA PERSONA

17. ANCEL, J.: «Protection de la personne: image et vie privée. La protection judiciaire la voie civile», GP, 1994, núms. 245-249, pp. 13-20.

La protección de la vida privada y de la imagen, su origen y evolución. Dinámica de esa protección. (Aranda/Sierra).

18. BECOURT, D.: «La personne face aux médias», GP, 1994, núms. 245-249, pp. 7-12.

Individuo, persona y personalidad. La vida privada y la imagen. (Aranda/Sierra).

19. BONNEAU: «Personnes morales et notification: les personnes dites habilitées», RDS, 1994, núm. 18, p. 250.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección 3.^a, de 2 de febrero de 1994. (Aranda/Sierra).

20. BOUT: «La protection d'un patronyme rare contre son utilisation à des fins commerciales», RDS, 1994, núm. 11, pp. 148-151.

Comentario a la sentencia del TGI de Aix-en-Provence de 23 de mayo de 1991. (Aranda/Sierra).

21. CAPECCI, F.: «Ma non "gli è tutto da rifare" - nota a Cass. 6 febbraio 1993 n. 1503», GC, 1994, núm. 1, pp. 231-239. (R.D.R.).

22. CASOL, I.: «Statuto giuridico dell'embrione e status personale del nato», GC, 1994, núm. 1, pp. II, 13-23.

Ánalisis en torno a la necesaria tutela de los derechos del *nasciturus* y del menor, conforme a la normativa internacional establecida en la Declaración de los derechos del niño, aprobada por la ONU en 1959, la Convención Europea de los derechos del hombre de 1950 y la Convención internacional de Nueva York sobre los derechos de la infancia, de 20 de septiembre de 1989. Estatuto jurídico del concebido y problemas derivados de las diferentes formas de fecundación artificial. (R.D.R.).

23. CASTELLO, M.: «Sulla composizione del Collegio giudicante del Tribunale minorile e della sezione per i minorenni della Corte di appello», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte prima, pp. 32-40.

Comentario a la resolución de la Corte de Apelación de Génova de 3 de mayo de 1993 sobre legitimidad constitucional del art. 5 del r.d.l. de 20 de julio de 1934 y sucesivas modificaciones, en especial en la parte que prevé la misma composición para el Colegio Judicial del Tribunal de Menores y para la Corte de Apelación en la sección de menores. (A.R.G.).

24. DAVILLE, P.: «Le droit du journaliste», GP, 1994, núms. 245-249, pp. 38-40.

La libertad de prensa se invoca como un derecho más y no como un derecho a la impunidad. (Aranda/Sierra).

25. DIEDERICHSEN, U.: «Die Neuordnung des Familiennamensrechts», NJW, 1994, pp. 1089-1097.

La reciente reforma del Derecho del nombre matrimonial y familiar es consecuencia de la decisión del Tribunal Constitucional alemán, para mantener el principio de igualdad incluso en el caso de que no haya acuerdo de los cónyuges sobre su nombre matrimonial. La supresión de una corta disposición de sólo once palabras ha hecho necesaria una ley cuyo texto ocupó más de siete páginas en el Bundesgesetzblatt y cuya presentación constituye la parte principal del presente artículo, que al final incluye una reflexión sobre el papel del BVerfG en el campo del Derecho civil. (M.P.G.R.).

26. DOGLIOTTI, M.: «Al Bano, Romina, Arbore, D'Agostino: satira, privacy e mass media», DFP, 1994, núm. 1, parte prima, pp. 171-181.

Nota a la sentencia del Tribunal de Roma de 13 de febrero de 1992. Derecho de sátira, límites internos y externos. Diferencias entre el derecho de información y el derecho de sátira. Notoriedad del personaje destinatario de la sátira. (A.R.G.).

27. DOMINGO, M.: «Atteintes à la réputation: la protection judiciaire pénale», GP, 1994, núms. 245-249, pp. 24-27.

Protección penal del derecho a la reputación. (Aranda/Sierra).

28. ESPINOZA ESPINOZA, J.: «Sullo statuto giuridico del concepito», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte segunda, pp. 371-410.

Examen de diversas cuestiones relacionadas con el status jurídico del concebido y no nacido (concepto de preembrión, jurisprudencia norteamericana y protección del concebido, aportaciones de la doctrina italiana respecto al concebido como sujeto de derecho, autodeterminación de la madre, derecho a la vida del concebido frente al aborto, legitimación constitucional sobre la autorización del aborto por las menores, propuesta del Código Civil peruano en materia de tutela del *nasciturus*). (A.R.G.).

29. GALLO, G.: «Lesione della reputazione e tecniche di selezione del danno risarcibile», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 994-1004.

Comentario a la sentencia de apelación de Roma de 1-2-93 en materia de los derechos de la personalidad. (A.R.G.).

30. GALLOUX: «*Ebanche d'une définition juridique de l'information*», RDS, 1994, núm. 29, pp. 229-234.

Relación entre Derecho e información. Debate jurídico sobre la información. (Aranda/Sierra).

31. GUIHO: «*Une application prématurée de la loi du 22 juillet 1993 sur la nationalité*», RDS, 1994, núm. 16, pp. 224-225.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de París de 14 de diciembre de 1993. (Aranda/Sierra).

32. GUIHO: «*L'application dans le temps de l'article 21-7 nouveau du code civil en matière de nationalité*», RDS, 1994, núm. 23, pp. 337-338.

Nota a la sentencia del Tribunal de apelación de París de 4 de marzo de 1994. (Aranda/Sierra).

33. HAGER, J.: «*Grundrechte im Privatrecht*».

A pesar de que la doctrina de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales ha calado en el Derecho civil de los contratos, el problema aún no ha sido objeto de profundización suficiente. La cuestión, sobre la cual debe descansar la eficacia limitada de los derechos fundamentales, es en cualquier caso todavía poco clara. La jerarquía de las normas y la función de la autonomía privada son el motivo para volver a reflexionar sobre la eficacia de los derechos fundamentales en el Derecho privado. (M.P.G.R.).

34. HAMARD: «*A propos du secret médical*», GP, 1994, núms. 180-181, pp. 2-3.

Tema planteado desde la perspectiva de si debe predominar el derecho individual o el colectivo. (Aranda/Sierra).

35. HAUSER: «*Personnes et droits de la famille*», RTDC, 1994, núm. 1 (enero-marzo), pp. 73-92.

Notas a diversas sentencias de la Corte de casación francesa en materia de Derecho de la persona y Derecho de familia. (Aranda/Sierra).

36. HAUSER: «*Personnes et droits de la famille*», RTDC, 1994, núm. 2, pp. 321-342.

Notas a diversas sentencias de la Corte de casación francesa en materia de Derecho de la persona y Derecho de familia. (Aranda/Sierra).

37. HAUSER: «*Religion des parents et attribution de l'autorité parentale*», RDS, 1994, núm. 23, pp. 326-329.

Nota a la sentencia de CEDH de 23 de junio de 1993. (Aranda/Sierra).

38. KROSS: «*L'audition de l'enfant et la loi du 8 janvier 1993*», GP, 1994, núms. 149-151, pp. 4-9.

El autor se centra en tres cuestiones: 1.^a ¿qué debe entenderse por «todo procedimiento concerniente a un menor?; 2.^a ¿qué es un menor capaz de discernir?; y, 3.^a ¿en qué condiciones será oído el menor capaz de discernir? (Aranda/Sierra).

39. LACABARATS, A.: «*La protection judiciaire des atteintes à la réputation: la voie civile*», GP, 1994, núms. 245-249, pp. 28-30.

Protección de la reputación en el ámbito civil. El ataque a la presunción de inocencia; la aplicación del artículo 1.382 del Código civil en materia de ataques a la reputación. (Aranda/Sierra).

40. LEVASSEUR, G.: «*Protection de la personne, de l'image et de la vie privée*», GP, 1994, núms. 245-249, pp. 21-23.

Ataques al derecho sobre la propia imagen (ataques a la vida privada mediante procedimientos ópticos, por medios acústicos y los montajes). (Aranda/Sierra).

41. LÓPEZ, E.: «*Sui limiti di liceità del diritto di satira*», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte prima, pp. 198-206.

Nota a la sentencia del Tribunal de Roma de 13 de febrero de 1992 en materia de derecho de sátira. (A.R.G.).

42. DE LORENZO, C.: «*AIDS e diritto negli Stati Uniti d'America: problemi e prospettive*», RDC, 1994, núm. 2, parte prima, pp. 399-445.

Estudio del problema del SIDA desde la perspectiva jurídica del derecho a la no discriminación y a la privacidad. (R.D.R.).

43. MALAURIE: «*L'homme, être juridique (à propos des projets de lois sur la bioéthique)*», RDS, 1994, núm. 13, pp. 97-98.

El poder del Derecho sobre los hombres y sus límites. La dificultad de su ejercicio. Poderes dañinos del Derecho. (Aranda/Sierra).

44. MARINELLI, F.: «*La tutela civile dei soggetti deboli*», GC, 1994, núm. 3, pp. II, 155-171.

Ánalisis de las formas de tutela del sujeto débil según la causa de su debilidad. Especial referencia al menor y al anciano, al enfermo y al consumidor. La extensión del daño indemnizable y de los bienes protegidos en el ámbito de la responsabilidad aquiliana. (R.D.R.).

45. MARSH, N.: «*La protection de la vie privée par le droit anglais*», GP, 1994, núms. 245-249, pp. 36-37.

Exposición sobre la situación del derecho a la vida privada en Inglaterra. (Aranda/Sierra).

46. MASSIP: «*La possession d'état d'enfant naturel peut être prouvée par tous moyens*», RDS, 1994, núm. 27, pp. 398-399.

Prueba de la posesión de estado. Nota a la sentencia de casación civil, sección primera, de 20 de diciembre de 1993. (Aranda/Sierra).

47. DI MAURO, N.: «*Autorizzazione alla vendita di beni immobili ereditari del minore in potestate: il conflitto tra l'art. 320 c.c. e l'art. 747 c.p.c.*», GC, 1994, núm. 1, pp. II, 3-11.

Estudio relativo a la tutela de los intereses del menor, y el problema de la competencia para autorizar la venta de bienes heredados por éste. (R.D.R.).

48. MENCARELLI, A.-MAZZEO, E.-FRAVOLINI, G.: «*Questioni di etica e di responsabilitá nella diagnostica prenatale*», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte segunda, pp. 411-430.

Problemas éticos y legales derivados de la nueva rama denominada «Medicina Fetal», que comprende el estudio y tratamiento de las patologías inherentes al embrión y al feto. (A.R.G.).

49. NICOLEAU: «*Changement de prénoms et définition de l'intérêt légitime*», RDS, 1994, núm. 7, pp. 86-88.

Nota a la sentencia de TGI de Agen de 19 de junio de 1992. (Aranda/Sierra).

50. OLEKHNOVITCH: «*L'activité récente du conseil de l'Europe en matière de nationalité*», GP, 1994, núms. 149-151, pp. 13-14.

Cooperación entre los países de la Europa central y oriental. Hacia una nueva convención sobre nacionalidad. (Aranda/Sierra).

51. PEUKERT, W.: «*Les libertés individuelles face à la liberté de la presse*», GP, 1994, núms. 245-249, pp. 31-35.

Derechos fundamentales y textos legislativos. Libertad de prensa y derechos individuales. (Aranda/Sierra).

52. PINTO: «*La liberté de choix de nom de famille devant la Court européenne de droits de l'homme*», GP, 1994, núms. 257-258, pp. 2-4.

Comentario a la sentencia de la corte europea de derechos humanos de 22 de febrero de 1994. (Aranda/Sierra).

53. PIRAINO LETO, A.: «*Variazioni sulla responsabilità*», DFP, núm. 1 (enero-marzo 1994), parte seconda, pp. 273-287.

Profundización en el principio de la responsabilidad. Relaciones entre este principio, el poder y el derecho. La crisis de la responsabilidad. (A.R.G.).

54. RENARD: «*Quelques réflexions d'un juriste de la France profonde sur les droits des enfants*», GP, 1994, núms. 149-151, pp. 2-3.

Comenta la falta de derechos de los menores a excepción de los exteriores a ellos mismos. (Aranda/Sierra).

55. ROQUETTE: «*Adieu, germinal*», GP, 1994, núms. 257-258, pp. 5-9.

Tras la modificación del art. 60 del Código civil francés se dice adiós a la ley Germinal, vigente durante 189 años. El autor compara a la antigua y la nueva legislación. (Aranda/Sierra).

56. SAMBUELLI, L.: «*Considerazioni su "Birth Power. The Case for Surrogacy" di Carmel Shalev*», RDC, 1994, núm. 3, parte prima, pp. 533-543.

Breves consideraciones, a partir de la obra de Carmel Shalev, en torno a la polémica que suscita el tema de la inseminación artificial y las llamadas «madres de alquiler». (R.D.R.).

57. SCHERMI, A.: «*Sui limiti del diritto di cronaca - nota a Trib. Roma 28 settembre 1993*», GC, 1994, núm. 5, pp. I, 1416-1418. (R.D.R.).

58. SCIANCALEPORE, G.: «*A proposito degli anziani malati cronici non autosufficienti*», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte prima, pp. 132-138.

Comentario a Pret. Bologna, ordenanza 21-12-1992 sobre tutela de la salud de enfermos crónicos. (A.R.G.).

59. SINAGRA, A.: «*Disciplina giuridica delle confessioni religiose nella Repubblica turca di Cipre del Nord. "Vakf" ed "Evkaf"*», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte seconda, pp. 363-370.

Relaciones jurídicas entre el Estado turco-chipriota y las religiones presentes en su territorio, tras la proclamación del Estado como República Secular en la Constitución de 15 de noviembre de 1983. (A.R.G.).

60. SINAGRA, A.-TROMBETTA, L.: «*Confessione religiosa "dominante" e diritto di proselitismo dei Testimoni di Geova in terra ellenica*», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte prima, pp. 5-26.

Nota a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de mayo de 1993 respecto al derecho de libertad religiosa y sus implicaciones. (A.R.G.).

61. VISALLI, N.: «*La crisi dei valori. Problemi antichi e nuovi nei diritti della persona*», RDC, 1994, núm. 1, parte prima, pp. 43-105.

El autor aborda la relación entre el positivismo jurídico y la ética de los valores, en cuestiones tan polémicas como el derecho de la persona, la manipulación genética y la reproducción asistida. Posiciones de la doctrina y la jurisprudencia. (R.D.R.).

62. WEISS, L.: «*Diritto costituzionale di satira o diritto di pettegolezzo?*», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte prima, pp. 181-198.

Comentario a la resolución del Tribunal de Roma de 13 de febrero de 1992. Análisis pormenorizado del derecho de sátira. (A.R.G.).

3. PERSONA JURÍDICA

63. AA.VV.: «Derechos fundamentales», GP, 1994, núms. 196-200.

Número especial dedicado al estudio de los derechos fundamentales con varios artículos. (Aranda/Sierra).

64. CAVANNA, I. M.: «Le associazioni con struttura atipica», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte segunda, pp. 1-21.

Concepto amplio de asociación y posición jurisprudencial al respecto. Distinción entre asociación y sociedad. Asociaciones singulares atípicas. Consorcios de urbanización. Las asociaciones y los entes públicos. Asociaciones profesionales. (A.R.G.).

65. DUPLAT, J.: «Actas de estado civil y transexualidad», GP, 1994, núms. 212-214, pp. 10-14.

Comentario a la sentencia de la Corte de apelación de Versalles de 13 de mayo de 1993. (Aranda/Sierra).

66. IUDICA, G.: «Fondazioni, fedecommisserie, truts e trasmissione della ricchezza familiare», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte segunda, pp. 77-82.

Ánalisis de diversas figuras jurídicas que permiten transmitir la riqueza familiar frente al sistema sucesorio tradicional. (A.R.G.).

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

67. AA.VV.: «Número special», GP, 1994, núms. 124-125.

Número especial donde varios autores analizan la responsabilidad civil en materia de medio ambiente. (Aranda/Sierra).

68. AGOSTINELLI: «L'effet validant de la clause de déclaration de valeur au regard du droit de la consommation», RDS, 1994, núm. 1, pp. 6-11.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 24 de febrero de 1993 sobre responsabilidad civil. (Aranda/Sierra).

69. AGOSTINI: «De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice», RDS, 1994, núm. 30, pp. 235-236.

Incidencia de los contratos de adhesión sobre la voluntad. (Aranda/Sierra).

70. ALPA, G.: «Le frontiere attuali della responsabilità da illecito nel diritto comparato», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte segunda, pp. 83-86.

Debate actual sobre los presupuestos y funciones de la responsabilidad civil. Criterios de imputación. Selección de intereses apreciables. (A.R.G.).

71. AMALVY/DERRIDA: «Redressement et liquidation judiciaires: la fraude de l'article 169, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985», RDS, 1994, núm. 12, pp. 157-158.

Nota a la sentencia de la corte de casación comercial de 16 de noviembre de 1993. (Aranda/Sierra).

72. ANDORNO, L.: «La responsabilité civile des institutions organisatrices de spectacles sportifs dans la loi argentine núm. 23184 du 21 juin 1985», GP, 1994, núms. 182-183, pp. 11-12.

Pone de relieve como tras la entrada en vigor de esta ley se puede hacer responsable a la institución organizadora de espectáculos deportivos a causa de los daños sufridos por los asistentes. (Aranda/Sierra).

73. ANTONINI, I.: «*La revisione dei prezzi nel contratto di appalto privato e l'onere delle riserve - nota ad. App. Roma 1 febbraio 1993*», GC, 1994, núm. 2, pp. I, 519-526. (R.D.R.).

74. AUBERT-MONPEYSSEN: «*Un pas vers l'élargissement de la théorie de l'intérêt commun*», RDS, 1994, núm. 5, pp. 48-53.

Comentario a la sentencia de casación comercial de 2 de marzo de 1993. (Aranda/Sierra).

75. AYNES/GAUTIER: «*De l'application stricte des priviléges*», RDS, 1994, núm. 2, pp. 13-16.

Comentario sobre el texto y el contexto del artículo 2.095 del Código civil francés sobre el privilegio que la cualidad de la deuda concede al acreedor. (Aranda/Sierra).

76. BARBIER: «*Baux commerciaux: l'assignation n'interrompt pas le délai de forclusion de deux ans*», GP, 1994, núms. 89-90, pp. 2-3.

Nota a la sentencia de casación civil, sala tercera, de 10 de noviembre de 1993 sobre arrendamiento de locales comerciales. (Aranda/Sierra).

77. BARBIER: «*Sur le renouvellement partiel du bail en cas de sous-location*», GP, 1994, núms. 89-90, pp. 4-6.

Nota a la sentencia de casación civil, sala tercera, de 7 de julio de 1993 en materia de subarrendamiento. (Aranda/Sierra).

78. BARBIER: «*L'art. 23-3 est inapplicable à l'indemnité d'occupation*», GP, 1994, núms. 89-90, pp. 6-7.

Nota a la sentencia de casación civil, sala tercera, de 13 de octubre de 1993. (Aranda/Sierra).

79. BARENGHI, A.: «*Brevi note in tema di responsabilità per danni da emoderivati difettosi tra obiter dicta e regole giurisprudenziali - nota a Cass. 20 luglio 1993, núm. 8069*», GC, 1994, núm. 4, pp. I, 1041-1049. (R.D.R.).

80. BATTAGLIA, C.: «*Sul contratto per persona da nominare: inserimento della facoltà di nomina nel preliminare - nota a Cass. 2 febbraio 1994, núm. 1023*», GC, 1994, núm. 6, pp. I, 1518-1521. (R.D.R.).

81. BAYART: «*Bail rural: vers une reconnaissance de la valeur économique*», GP, 1994, núms. 126-127, pp. 10-15.

La indemnización en caso de no renovación del arrendamiento comercial. El principio de la ausencia de indemnización por evicción en beneficio del arrendador rural. Sobre el reconocimiento del derecho al arrendamiento pagado en productos. (Aranda/Sierra).

82. BEATER, Axel: «*Generalklauseln und Fallgruppen*», ACP, 1994, pp. 82-89.

El autor reflexiona sobre la teoría que WEBER (ACP, 1992, pp. 516 ss.) mantiene acerca de la función de las «cláusulas generales», para poner de relieve lo que, a su juicio, constituyen contradicciones e insuficiencias. (La réplica, del propio WEBER, en ACP, 1994, p. 90). (I.G.P.).

83. BEIGNIER: «*Assurances et guerre*», RDS, 1994, núm. 4, pp. 41-42.

Anotaciones a la sentencia de la corte de casación civil, sección 1.^a, de 24 de marzo de 1992. (Aranda/Sierra).

84. BEIGNIER: «*Conditions de licéité du contrat de "présentation de clientèle"*», RDS, 1994, núm. 12, pp. 161-164.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de Limoges de 10 de mayo de 1993. (Aranda/Sierra).

85. BEIGNIER: «*Le recours subrogatoire de l'assureur de la victime à l'encontre de l'assureur du responsable, préposé de cette dernière*», RDS, 1994, núm. 17, pp. 235-237.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 8 de diciembre de 1993. (Aranda/Sierra).

86. BENAVENT: «*Un zéro en droit civil pour la chambre commerciale*», RDS, 1994, núm. 32, pp. 454-455.

Crítica a la sentencia de casación comercial de 30 de junio de 1992 sobre su concepto de contrato. (Aranda/Sierra).

87. BERLY: «*L'absence d'ouvrage (qui doit supporter la création de l'ouvrage dont l'absence est à l'origine des désordres?)*», GP, 1994, núms. 100-102, pp. 2-8.

Estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la responsabilidad que se origina en este supuesto, al igual que la legislación aplicable. (Aranda/Sierra).

88. B.M.: «*La distinction entre inexécution du transport aérien et retard d'exécution*», RDS, 1994, núm. 16, pp. 225-227.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de París de 10 de diciembre de 1993. (Aranda/Sierra).

89. B.M.: «*Faute lourde du transporteur pour défaut de livraison*», RDS, 1994, núm. 18, p. 256.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de París de 3 de junio de 1993. (Aranda/Sierra).

90. BOCCARA: «*Baux commerciaux: de la valeur locative déplafonnée*», LC, 1993, núm. 5 (mai), pp. 1-2.

El problema del cálculo de la renta del arrendamiento. Su valor de mercado. (Aranda/Sierra).

91. BONNEAU, J.: «*L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*», GP, 1994, núms. 180-181, pp. 4-5.

Crónica sobre la asamblea de la asociación francesa para la salud organizada en Sénat el 18 de marzo, en relación con las indemnizaciones por azar terapéutico. (Aranda/Sierra).

92. BONOMI, A.: «*Giurisdizione e responsabilità aquiliana della banca per illegittimo pagamento di assegno non trasferibile*», BBTC, 1994, I, parte seconda, pp. 13-20.

Naturaleza extracontractual de la responsabilidad del banco por pago de cheque no transferible a persona distinta del titular. (C.J.D.).

93. BOUBLI, B.: «*Comentario a la Sentencia de la Corte de casación de 16 de marzo de 1994 sobre responsabilidad civil por mala ejecución del trabajo de un empleado*», GP, 1994, núms. 182-183, pp. 13-15. (Aranda/Sierra).

94. BRAULT: «*Baux commerciaux: Le loyer variable, la valeur locative et les pouvoirs du juge*», LC, 1993, núm. 6 (juin), pp. 1-2.

Reglas para fijar la renta de un arrendamiento cuando es renovado. (Aranda/Sierra).

95. BRAULT: «*Baux commerciaux: le droit au renouvellement du preneur et l'exploitation effective du fonds de commerce*», LC, 1993, núm. 10 (octubre), pp. 1-3.

Régimen aplicable en la materia. Sobre la noción de explotación efectiva de los fondos. Aplicación del artículo 4 del decreto de 30 de septiembre de 1953. (Aranda/Sierra).

96. BRAULT: «*Bail professionnel et bail commercial: Sur l'application de la loi du 6 juillet 1989 et son incidence sur l'extension conventionnelle du statut des baux commerciaux*», LC, 1994, núm. 1 (janvier), pp. 1-3.

La aplicación del artículo 57 de la ley de 23 de diciembre de 1986 y su relación con el artículo 36 de la ley núm. 89-462 de 6 de julio de 1989. (Aranda/Sierra).

97. BRAULT: «*Sur la date et les modalités d'appréciation de l'indemnité d'éviction en cas de transfert du fonds de commerce*», LC, 1994, núm. 4 (avril), p. 1. (Aranda/Sierra).

98. BRAULT: «*Fondement et modalités de fixation de l'indemnité d'occupation due par le preneur en cas d'exercice du droit d'option soit par le propriétaire (repentir), soit par le preneur*», LC, 1994, núm. 6, pp. 1-2. (Aranda/Sierra).

99. BRAULT, P.: «*Sur les conditions d'exercice par le bailleur du refus de renouvellement à échéance triennale, notamment en cas de vente de l'immeuble*», LC, 1994, núm. 7 (juliet), p. 1.

100. BRAULT/MUTELET: «*Bail commercial*», LC, 1994, núm. 1 (janvier), pp. 7-10.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos de locales de negocio, especialmente relativas a la competencia del tribunal de instancia y los locales afectados parcialmente a una actividad única. (Aranda/Sierra).

101. BRAULT/MUTELET: «*Bail commercial*», LC, 1993, núm. 2 (février), pp. 5-8.

Notas a diversas sentencias en la materia, con especial referencia a las consecuencias de la terminación del arrendamiento para el usufructuario y extensión de los poderes del juez embargante. (Aranda/Sierra).

102. BRAULT/MUTELET: «*Bail commercial*», LC, 1993, núm. 3 (mars), pp. 7-11.

Notas a diversas sentencias en la materia, con especial referencia a las cláusulas restrictivas de la obligación del arrendatario a entregar la cosa en buen estado y necesidad de notificar la extinción del arrendamiento a ambos esposos. (Aranda/Sierra).

103. BRAULT/MUTELET: «*Bail commercial*», LC, 1993, núm. 4 (avril), pp. 9-13.

Notas a diversas sentencias en la materia, con especial referencia a los problemas de extensión del local alquilado y cláusulas insertas en el contrato que impiden cambiar la distribución del local. (Aranda/Sierra).

104. BRAULT/MUTELET: «*Bail commercial*», LC, 1993, núm. 5 (mai), pp. 6-11.

Notas a diversas sentencias sobre arrendamientos de local de negocios. Especialmente relativas a la reducción de superficie alquilada y el subarriendo con un precio superior al arrendamiento. (Aranda/Sierra).

105. BRAULT/MUTELET: «*Bail commercial*», LC, 1993, núm. 6 (juin), pp. 7-10.

Notas a diversas sentencias sobre arrendamientos de local de negocios, con especial referencia a las condiciones de suspensión de la cláusula resolutoria y ejercicio del derecho de repetición. (Aranda/Sierra).

106. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1993, núm. 7 (juillet), pp. 6-9.

Notas a diversas sentencias sobre arrendamientos de local de negocios. Locales accesorios y condiciones de forma y de tiempo para dejar el arrendamiento. (Aranda/Sierra).

107. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1993, núms. 8-9 (août-septembre), pp. 7-10.

Notas a diversas sentencias sobre arrendamientos de local de negocios. Clientela de una sociedad con diversas sucursales, y comisión de conciliación. (Aranda/Sierra).

108. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1993, núm. 10 (octubre), pp. 8-13.

Notas a diversas sentencias sobre arrendamientos de local de negocios. Posible renuncia a ciertos derechos por parte del arrendatario y cargas de los trabajos realizados sobre el local. (Aranda/Sierra).

109. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1993, núm. 11 (noviembre), pp. 6-10.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos de locales de negocio. Efectos de la extinción anticipada del contrato; y la cesión de arrendamiento. (Aranda/Sierra).

110. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1993, núm. 12 (décembre), pp. 6-10.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos de locales de negocio. Gastos e indemnización en caso de evicción; momento de apreciación de la indemnización por evicción. (Aranda/Sierra).

111. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1994, núm. 2 (février), pp. 9-14.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos de locales de negocio. Incumplimiento de las obligaciones del arrendatario; indemnización por evicción cuando el valor del derecho de arrendamiento es superior al valor del fondo. (Aranda/Sierra).

112. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1994, núm. 3 (mars), pp. 7-10.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos de locales de negocio. Tipo de plazo dado al arrendatario para rehusar el nuevo arrendamiento, evolución de los criterios para considerar favorablemente comercial un barrio. (Aranda/Sierra).

113. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1994, núm. 4 (avril), pp. 6-11.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos de locales de negocio. Cláusula resolutoria; reembolso de los gastos realizados por el arrendador. (Aranda/Sierra).

114. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1993, núm. 4 (avril), pp. 9-13.

Notas a diversas sentencias en la materia, con especial referencia a las cláusulas restrictivas de la obligación del arrendatario a entregar la cosa en buen estado y necesidad de notificar la extinción del arrendamiento a ambos esposos. (Aranda/Sierra).

115. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1994, núm. 5 (mai), pp. 6-10.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos de locales de negocio. Competencia del juez para apreciar la resolución del arrendamiento según el artículo 37

de la ley de 25 de enero de 1985; indemnización por evicción en caso de pérdida total del fondo. (*Aranda/Sierra*).

116. BRAULT/MUTELET: «*Bail commercial*», LC, 1994, núm. 6 (juin), pp. 7-13.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos de locales de negocio. Consecuencias de la anulación del arrendamiento con base en el artículo 631, 7.^o, del Código de la construcción; renovación del arrendamiento. (*Aranda/Sierra*).

117. BRAULT/MUTELET: «*Bail commercial*», LC, 1994, núm. 7 (juillet), pp. 6-10.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos de locales de negocio. Aplicación del artículo 5, 5.^o, del decreto de 1953; modificación de la oferta del arrendador. (*Aranda/Sierra*).

118. BREHMER, N.: «*Die Annahme nach § 151 BGB*», JUS, 1994, pp. 386-391.

El autor estudia los problemas que plantea la aceptación prevista en el § 151 del BGB, esta es, aquélla que no precisa ser declarada frente al oferente porque tal declaración no es de esperar conforme a los usos del tráfico o porque el oferente ha renunciado a ella. (*M.P.G.R.*).

119. BRUN: «*La responsabilité de l'exploitant de téléskis: vers un régime hybride?*», RDS, 1994, núm. 5, pp. 45-48.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección 1.^a, de 4 de noviembre de 1992. (*Aranda/Sierra*).

120. BUTA, G.: «*Transazione e azione revocatoria*», GC, 1994, núm. 6, pp. II, 311-330.

Estudio doctrinal y jurisprudencial de los diferentes aspectos y elementos objetivos y subjetivos que se integran en la figura. (*R.D.R.*).

121. CALAIS-AULOY: «*L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*», RTDC, 1994, núm. 2 (abril-junio), pp. 239-254.

Relación entre el Derecho de consumo y el Derecho de los contratos. El consentimiento del consumidor: información. Búsqueda de un equilibrio contractual. Problemas de desigualdad contractual vistos ante el surgimiento del Derecho de consumo. (*Aranda/Sierra*).

122. CALI, S.: «*Contratto plurilaterale o associativo? - nota a Pret. Forlì 31 maggio 1993*», GC, 1994, núm. 3, pp. I, 817-820. (*R.D.R.*).

123. CANALE, G.; MACARIO, F.; MASUCCI, S. T.; LIPARI, N.: «*Norme in attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo*», NLCC, 1994, núms. 4-5, pp. 745-883.

Ánalisis de los artículos 121-125 del Decreto legislativo de 1 de septiembre de 1993, núm. 385, en ejecución de las directivas comunitarias sobre crédito al consumo (Directiva 87/102/CEE de 22 de diciembre de 1986, modificada e integrada en la Directiva 90/88/CEE). Reflexión en torno al contrato de crédito y la tutela del consumidor. (*R.D.R.*).

124. CARCABA, M.: «*Il Congresso internazionale di Saragozza su obbligazioni e contratti*», RDC, 1994, núm. 2, parte seconda, pp. 163-165.

Breve nota informativa referente al Congreso sobre reforma y unificación del Derecho de obligaciones y contratos en Europa, celebrado en Zaragoza los días 15-18 de noviembre de 1993. (*R.D.R.*).

125. CARLEO, R.: «*Responsabilitá dell’U.S.L. per danni cagionati a terzi dall’infermo di mente soggetto a sorveglianza*», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 986-993.

Comentario a la resolución del Tribunal de Trieste de 23-11-90 en materia de responsabilidad de un enfermo psíquico. (A.R.G.).

126. CARLETTI, D.: «*Irrisarcibilitá ai congiunti dell’offeso dei danni morali nei reati di lesioni colpose*», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 875-880.

Comentario a la sentencia de Casación Civil de 17-10-1992, núm. 11414 en materia de resarcimiento de daños morales. (A.R.G.).

127. CARO/SABLIER: «*De la responsabilité du maître d’ouvrage privé tolérant une sous-traitance irrégulière*», GP, 1994, núm. 250-251, pp. 11-16.

Comentario a la sentencia de la corte de apelación de Burdeos, sección primera, de 23 de noviembre de 1993. (Aranda/Sierra).

128. LO CASCIO, G.: «*Le adesioni parziali al concordato preventivo - nota a Cass. 12 novembre 1993, núm. 11192*», GC, 1994, núm. 2, pp. I, 359-363. (R.D.R.).

129. CASANELLO, M. X.: «*Mediazione, agenzia e procacciamento d’affari: analogie e differenze - nota a Cass. 16 febbraio 1993, núm. 1916*», GC, 1993, núm. 12, pp. I, 3016-3020. (R.D.R.).

130. CASTELLO, M.: «*Spunti sulla responsabilitá del medico nell’ambito della fecondazione artificiale*», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte segunda, pp. 431-437.

Ambito de operatividad del médico en esta materia y responsabilidad del mismo por daño o éxito negativo. (A.R.G.).

131. CATALANO, G.: «*Cittadino e p.a.: novità (e contraddizioni) giurisprudenziali in tema di sovvenzioni pubbliche, rappresentanza senza potere e ratifica del negozio concluso dal falsus procurator*», NGCC, 1994, núm. 3, mayo-junio, parte prima, pp. 321-339.

Comentario a la resolución de Cass. 5-3-1993, núm. 2.681 sobre contratos concluidos por representante sin poder. (A.R.G.).

132. CATHELINÉAU: «*L’indemnité exceptionnelle de l’article 280-1, alinéa 2, du code civil*», RDS, 1994, núm. 20, pp. 148-152.

La indemnización excepcional: un análisis tradicional y un nuevo análisis. (Aranda/Sierra).

133. CAVALLARO, D.: «*Il prestatore d’opera intellettuale e le obbligazioni di risultato - nota a Pret. Modena, sez. Finale Emilia, 16 settembre 1993*», GC, 1994, núm. 2, pp. I, 539-544. (R.D.R.).

134. CIAN, G.: «*Disciplina della cessione dei crediti di impresa*», NLCC, 1994, núm. 2, pp. 245-264.

Comentario de la Ley de 21 de febrero de 1991, n. 52, relativa a la cesión de créditos de empresa, en relación con la normativa general de la cesión de créditos según los artículos 1.264, 1.265 y 1.267 del C.c. Irrelevancia del principio de tutela de la apariencia en conexión con los artículos 1.189 y 2.914, n. 2, C.c. (R.D.R.).

135. CHABAS, F.: «*La situation faite au conducteur fautif de véhicule terrestre à moteur*», GP, 1994, núms. 33-34, pp. 8-9.

Comentario sobre la situación de protección del conductor-victima, en la ley de 5 de julio de 1985 y su aplicación por la Corte de casación. (Aranda/Sierra).

136. CHARLES: «*Cahier des charges, rapports de colotis et POS*», RDS, 1994, núm. 13, pp. 173-174.

Nota a la sentencia de casación civil, sección tercera, de 30 de junio de 1993. (Aranda/Sierra).

137. CHAUVET: «*Les limites de la garantie des créances salariales en cas de procédure collective: une précision importante de la Cour de cassation*», RDS, 1994, núm. 21, pp. 301-302.

Nota a la sentencia de casación social de 9 de febrero de 1994. (Aranda/Sierra).

138. CHINÈ, G.-MILIANO, G.: «*Il subcontratto tra teoria generale ed ipotesi tipiche*», GC, 1993, núm. 12, pp. II, 573-604.

Artículo acerca de la noción de subcontrato en el Código civil y en las leyes especiales del ordenamiento jurídico italiano. Dificultad metodológica para establecer una teoría general en torno al subcontrato, debido a la heterogeneidad de las hipótesis típicas y el problema del subcontrato atípico. Conexión de la figura con la cesión del contrato y contrato a favor de tercero. (R.D.R.).

139. CHINDEMI, D.: «*Il danno ambientale*», NGCC, 1993, noviembre-diciembre, núm. 6, parte segunda, pp. 431-440.

Definición de ambiente. Daño ambiental: criterios resarcitorios. Sujetos lesionados. Acción de resarcimiento del daño ambiental: sujetos legitimados. Poderes de las asociaciones de protección ambiental. Cuantificación del daño. (A.R.G.).

140. CLAPIZ, D.: «*Conclusione del contratto a mezzo telefax*», NGCC, 1994, núm. 3, mayo-junio, parte prima, pp. 373-379.

Comentario a la sentencia del Trib. Padova 7-4-1993 sobre conclusión de un contrato por medio de telefax para cuyo cumplimiento la ley ha impuesto la forma escrita ab substantiam. (A.R.G.).

141. CODINI, R.: «*Rilevanza del nesso causale tra condotta omisiva ed evento dannoso ai fini della determinazione della responsabilità del notaio*», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte prima, páfs. 92-95.

Nota a la resolución de Cass, 18-5-1993, n. 5.630 en materia de responsabilidad profesional. (A.R.G.).

142. CODINI, R.: «*Priorità dell'elemento letterale del contratto come criterio ermeneutico: contrasto tra giurisprudenza e dottrina - nota a Cass. 1 aprile 1993 n. 3936*», GC, 1994, núm. 5, pp. I, 1384-1386. (R.D.R.).

143. COFFY DE BOISDEFFRE: «*La représentation des personnes morales dans la déclaration des créances dans le redressement judiciaire*», GP, 1994, núms. 266-267, pp. 22-25.

Nota a las sentencias de casación mercantil de 14 de diciembre de 1993. (Aranda/Sierra).

144. COLENTI, V.: «*Conversione del sequestro in pignoramento della fideiussione prestata quale cauzione?*», BBTC, 1994, I, parte segunda, pp. 69-74.

Comentario a la sentencia Trib. Milán 05-04-93, que declara necesaria la sentencia de convocatoria, que transforme el secuestro en prenda, para la ejecución de la garantía por el acreedor. (C.J.D.).

145. COPPI, G.: «*Il conflitto d'interessi nella rappresentanza organica di una persona giuridica. Vendita con patto di riscatto e patto commissorio - nota a Cass. 19 settembre 1992, n. 10749*», GC, 1993, núm. 12, pp. I, 3057-3063. (R.D.R.).

146. CORSALE, P.: «Clausole penale stabilita in misura inferiore al tasso legale degli interessi - nota a Cass. 3 dicembre 1993, n. 12013», GC, 1994, núm. 5, pp. I, 1250-1252. (R.D.R.).

147. COSTANZA, M.: «Sui danni conseguenti alla risoluzione del contratto preliminare - nota a Cass. 21 maggio 1993, n. 5778», GC, 1993, núm. 12, pp. I, 2965-2968. (R.D.R.).

148. COSTANZA, M.: «Minimo garantito o rinuncia alla revisione prezzi? - nota a Cass. 26 gennaio 1993, n. 948», GC, 1993, núm. 12, pp. I, 3023-3025. (R.D.R.).

149. COSTANZA, M.: «Appunti in tema di castelletto di sconto, apertura di credito e azione revocatoria fallimentare - nota a Cass. 11 settembre 1993, n. 9479», GC, 1994, núm. 5, pp. I, 1312-1313. (R.D.R.).

150. DAGORNE-LABBE: «Le transfert de la propriété d'un bien n'implique pas nécessairement celui de sa garde», RDS, 1994, núm. 7, pp. 80-83.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección 1.^a, de 9 de junio de 1993. (Aranda/Sierra).

151. DAGORNE-LABBE: «Le caractère non indemnitaire de l'allocation compensatrice tierce personne», RDS, 1994, núm. 33, pp. 461-462.

Notas a la sentencia de casación civil, sección 2.^a, de 19 de enero de 1994 sobre prestación compensatoria prevista en el art. 39 de la ley 75-534 de 30 de junio de 1975. (Aranda/Sierra).

152. DAMM, R.: «Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht», JZ, 1994, pp. 161-178.

El autor analiza la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, ocupándose preferentemente del concepto de «control del contenido» existente en la misma y de algunos problemas particulares de la trasposición al ordenamiento jurídico alemán de dicha Directiva. Como resultado, recomienda, a pesar de los importantes argumentos en contra, que como principio codificador se adopte el de la trasposición de la Directiva en el marco mismo de la AGB-Gesetz. (M.P.G.R.).

153. DAVO: «Frontière entre l'application de la loi de 1978 et la loi de 1979», RDS, 1994, núm. 16, pp. 217-218.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección 1.^a, de 15 de diciembre de 1993. (Aranda/Sierra).

154. DAVO: «Précision sur la notion d'opération de crédit», RDS, 1994, núm. 21, pp. 297-298.

Nota a la sentencia de casación civil, sección primera, de 15 de diciembre de 1993. (Aranda/Sierra).

155. DITTA, E.: «Primi orientamenti giurisprudenziali sui patti in deroga all'equo canone», NGCC, 1994, núm. 3, parte segunda, pp. 161-180.

Estudio del art. II, l.n. 359/1992, que introduce novedades en la disciplina sobre alquiler de inmuebles urbanos regulados en la l. 27-7-1978, n. 392, conocida como «legge dell'equo canone». (A.R.G.).

156. DORSNER-DOLIVET: «Force majeure et convention d'exclusivité entre médecins et cliniques», RDS, 1994, núm. 19, pp. 265-267.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 3 de febrero de 1993. (Aranda/Sierra).

157. DORSNER-DOLIVET, A.: «Comentario a la sentencia de 8 de diciembre de 1992 del Tribunal de Valence (1.^a Ch.) sobre responsabilidad civil declarada de unos laboratorios por informar a un paciente erróneamente sobre

su positivo en análisis de SIDA», GP, 1994, núm. 182-183, pp. 15-17. (Aranda/Sierra).

158. DUPUIS: «Copropriété», GP, 1994, núms. 110-111, pp. 42-44.

Comentario a la sentencia de 17 de noviembre de 1993 de la Corte de casación civil, sala 3.^a (Aranda/Sierra).

159. ENSTHALER, J.: «Haftungsrechtliche Bedeutung von Qualitäts-sicherungsvereinbarungen», NJW, 1994, pp. 817-823.

El artículo trata de ver en qué medida afectan los acuerdos entre fabricante, suministrador, instalador, etc., en la garantía última del producto. Cómo afecta, por ejemplo, un acuerdo de instalación de un aparato en determinadas condiciones o con una técnica concreta, en la reclamación de la responsabilidad por el mal funcionamiento. (M.P.G.R.).

160. FLESCH, K.: «Der Irrtum über die Kreditwürdigkeit des Vertragspartners und die Verschlechterungseinrede», BB, 1994, pp. 873-879.

De conformidad con el art. 75 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, una parte contractual puede interrumpir el cumplimiento de sus obligaciones cuando tras la celebración del contrato se comprueba que la otra no podrá cumplir una parte sustancial del mismo. Tal posibilidad se produce tanto como consecuencia de un empobrecimiento postcontractual, como a raíz de las circunstancias existentes en el momento de la celebración que aparecen con posterioridad.

El problema que plantea el autor es que si al lado de este «derecho», o para hacerlo efectivo ha de acudirse al Derecho material interno que sea aplicable según las normas de Derecho Internacional Privado, o a la impugnación del contrato, ya que la Convención de Viena no regula los aspectos relativos a la validez del contrato (art. 4). Concretamente, en relación con el Derecho alemán se plantea la adaptación del § 321 del BGB, como mecanismo que garantice el derecho convencional a través de la teoría del error. (M.P.G.R.).

161. FRONTINI, G.: «In tema di responsabilità processuale e di responsabilità ex art. 21 l. fall. - nota a Cass. 23 ottobre 1993, n. 10556», GC, núm. 5, pp. I, 1278-1281. (R.D.R.).

162. GÄRTNER, R.: «Wohnungsmietrechtlicher Bestandsschutz auf dem Weg zu einem dinglichen Recht», JZ, 1994, pp. 440-446.

Frecuentemente ocurre que el usuario de una vivienda no debe su estatuto jurídico al contrato que le liga con el propietario, sino a un arrendatario principal —una asociación, un empresario, una institución religiosa, etc.— a quien el propietario le ha facilitado la trasmisión. Al finalizar la relación arrendaticia principal aparece el difícil y controvertido problema de determinar en qué medida el usuario de la vivienda tiene un derecho propio a la permanencia en la vivienda frente al propietario. Por una parte, en los subarrendamientos de negocio, existe una solución legal. Con ella se ha abierto un camino por el cual se confiere a la protección de la estabilidad de la vivienda ciertos trazos propios de un derecho real. (M.P.G.R.).

163. GAUTIER: «Eau chaude et télévision à tous les étages le contrat d'hôtelière fait juridique profitable aux auteurs», RDS, 1994, núm. 32, pp. 450-453.

Comentario a la sentencia de casación civil, sección primera, de 6 de abril de 1994. (Aranda/Sierra).

164. GHESTIN: «Les diffuseurs de presse bénéficient-ils du régime du mandat d'intérêt commun? (à propos de l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 2 mars 1993)», RDS, 1994, núm. 10, pp. 73-76. (Aranda/Sierra).

165. GIUSSANI, A.: «*La tutela del diritto soggettivo alla salubritá dell'ambiente davanti al giudice ordinario*», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 1005-1009.

Nota a la sentencia de Casación de 20-11-92, n. 12386 en materia de medio ambiente. (A.R.G.).

166. DE GOUTTES/PASTUREL/DERRIDA/SORTAIS: «*L'action en responsabilité contre le banquier dispensateur de crédit: de la représentation de la masse par le syndic à la défense de l'intérêt collectif des créanciers par leur représentant*», RDS, 1994, núm. 6, pp. 57-61.

Conclusiones, análisis y nota a la sentencia de la corte de casación mercantil de 16 de noviembre de 1993. (Aranda/Sierra).

167. GRASSI, U.: «*Prelazione a vendere e contratto preliminare*», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte prima, pp. 98-102.

Comentario a la sentencia de Cass. 16-12-1992, n. 13282 en materia de contratos. (A.R.G.).

168. GROUTEL: «*Revirement de la Cour de cassation au sujet de l'implication du véhicule en stationnement*», RDS, 1994, núm. 21, pp. 299-301.

Nota a la sentencia de casación civil, sección 2.^a, de 23 de marzo de 1994. (Aranda/Sierra).

169. GRUA, F.: «*La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage*», RTDC, 1994, núm. 1 (enero-marzo), pp. 1-10.

El autor realiza un estudio general de la responsabilidad de los empleados de medios a través del ejemplo de los empleados bancarios. (Aranda/Sierra).

170. GUELFUCCI-THIBIERGE: «*De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif*», RTDC, 1994, núm. 2 (abril-junio), pp. 275-285.

Polémica doctrinal actual sobre la distinción entre partes y tercero en un contrato. Concepto de parte según el momento contractual. El tercero sometido y el tercero no sometido al efecto obligatorio del contrato. (Aranda/Sierra).

171. GUIHO: «*La nouvelle révision du code de la nationalité... et son abolition (loi núm. 93-933 du 22 juillet 1993)*», RDS, 1994, núm. 1, pp. 1-12.

La nacionalidad de origen. La adquisición de la nacionalidad. Pérdida de la nacionalidad y procedimientos relativos a la nacionalidad. (Aranda/Sierra).

172. D'HAUTEVILLE: «*Terrorisme: une audience de cour d'assises mouvementée. Réflexions sur les droits de la défense et sur le recours du Fonds de garantie des victimes*», RDS, 1994, núm. 20, pp. 280-284.

Nota a la sentencia de la corte de casación criminal de 20 de octubre de 1993. (Aranda/Sierra).

173. HEINTZMANN, W.: «*Die gewerbliche Untermiete*», NJW, 1994, pp. 1177-1182.

El artículo se proyecta sobre la situación legal de los subarrendatarios, fundamentalmente empresas, en relación con los poderes o facultades que poseen sobre la cosa arrendada y contemplando la naturaleza de la relación que tienen con el subarrendador. La consideración del contrato como un simple arrendamiento desconoce las peculiaridades del mismo y sobre todo plantea cuestiones interesantes en torno a la facultad de realizar un nuevo subarrendamiento. (M.P.G.R.).

174. HENSSLER, M.: «Haftungsrisiken anwaltlicher Tätigkeit», JZ, 1994, pp. 178-188.

El artículo muestra el sistema general del riesgo de responsabilidad de los abogados, entrando también en el previsible desarrollo jurídico europeo en este punto a través del análisis de la responsabilidad del prestador de servicios. (M.P.G.R.).

175. IZZO, N.: «Sanatoria giudiziale della mora del conduttore: inammisibile per le locazioni non abitative - nota a C. cost. 23 dicembre 1993, n. 461 (ord.) e Cass. 28 febbraio 1992, n. 2496», GC, 1994, núm. 3, pp. I, 596-600. (R.D.R.).

176. IZZO, N.: «Locale adibito a deposito e indennità per la perdita di avviamento commerciale - osservazione a Cass. 21 ottobre 1993, n. 10460», GC, 1994, núm. 4, pp. I, 978-980. (R.D.R.).

177. IZZO, N.: «Sulla questione dell'applicabilità dei patti in deroga alle locazioni per uso non abitativo - osservazione a Trib. Pordenone 26 gennaio 1994 e Pret. Piacenza 13 luglio 1993», GC, 1994, núm. 4, pp. I, 1106-1108. (R.D.R.).

178. IZZO, N.: «Sul permanente vigore della presunzione di sublocazione ex art. 21 della legge n. 253 del 1950 - osservazione a Cass. 5 maggio 1993, n. 5190», GC, 1994, núm. 5, pp. I, 1381-1382. (R.D.R.).

179. IZZO, N.: «La decadenza dall'azione di ripetizione di indebito locatizio: legittimità costituzionale, rinuncia nel corso della locazione ed incidenza della natura non giurisdizionale del tentativo obbligatorio di conciliazione - nota a C. cost. 13 aprile 1994, n. 141 (ord.), Cass. 19 novembre 1993, n. 11402 e Trib. Milano 13 gennaio 1994», GC, 1994, núm. 6, pp. I, 1451-1460. (R.D.R.).

180. JESU, G.: «Sulla risoluzione di contratto agrario», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 845-853.

Comentario a la sentencia de casación del 19-1-1993, n. 633 en materia de contratos agrarios. (A.R.G.).

181. JL.: «Des pratiques discriminatoires en matière de prestations de services», GP, 1994, núms. 266-267, pp. 20-22.

Nota a la sentencia del tribunal de casación comercial de 1 de marzo de 1994. (Aranda/Sierra).

182. JOBARD: «Abus de position dominante ou d'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique au sens de l'art. 8 de l'ordonnance du 1er. décembre 1986, en cas de cession réciproque de salles de cinéma», GP, 1994, núms. 266-267, pp. 31-37.

Nota a la sentencia del tribunal de París de 28 de junio de 1994. (Aranda/Sierra).

183. JOURDAIN, P.: «Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages», GP, 1994, núms. 182-183, pp. 2-10.

Se plantea el autor el concurso de acciones para el resarcimiento de los daños contractuales o extracontractuales. (Aranda/Sierra).

184. KIETHE, K.: «Internationale Tatortzuständigkeit bei unerlaubter Handlung-die Problematik des Vermögensschadens», NJW, 1994, pp. 222-227.

Competencia judicial internacional del lugar del hecho causante en supuestos de responsabilidad no contractual. El problema de los daños causados a los bienes.

Al lado de la regla estatal (§ 32 ZPO) el art. 5.3 del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial internacional y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, determina la competencia de los tribunales del Estado donde haya tenido lugar el hecho que motive el daño. Este lugar presenta características específicas en los casos en que se reclaman daños causados a bienes. (M.P.G.R.).

185. KIETHE, K.: «Nachträgliche Korrektur von Vertragsklauseln in Treuhandmusterverträgen», BB, 1994, pp. 7-16.

Correcciones suplementarias de las cláusulas contractuales en los contratos formulario de naturaleza fiduciaria. (M.P.G.R.).

186. KISCHINEWSKY-BROQUISSE: «L'ingence en copropriété», GP, 1994, núms. 110-111, pp. 24-31.

Formas de actuación en régimen de copropiedad y en casos de urgencia. La dispensa de ciertas formalidades; las características de los trabajos urgentes y las diversas posiciones que pueden tomar la asamblea ante su acometimiento. La convocatoria de la asamblea de copropietarios en casos de urgencia. (Aranda/Sierra).

187. KLEIN-BLENKERS, Friedrich: «Existenz und Verlust von Wahlmöglichkeiten des Käufers im Rahmen des par. 463 BGB», ACP, 1994, pp. 352-407.

El párrafo 463 BGB ofrece al comprador la posibilidad de optar por la indemnización de daños y perjuicios en caso de ausencia de una cualidad cuya presencia se le hubiere asegurado, lo que se le permite como alternativa a la redhibitoria o *quanti minoris*. El autor desarrolla sin embargo la tesis que permite acumular una indemnización al ejercicio de estas acciones, considerando que en el Derecho vigente pueden alcanzarse soluciones próximas a las propuestas, en este tema, por la Comisión para la Reforma del Derecho de Obligaciones en Alemania. (IGP).

188. KNOPS, K. O.: «Die rechtliche Bindung des Leasinggebers an Zusagen del Lieferanten», BB, 1994, pp. 947-955.

El artículo propone soluciones al cada día más frecuente supuesto en el que el adquirente (tomador de una cosa a leasing) mantiene exclusivas relaciones con el suministrador del bien y no con la empresa financiadora (su contraparte). En estas condiciones, el autor se pregunta cuál es el grado de vinculación de la financiadora a las explicaciones, promesas, aclaraciones, etc., que el suministrador (con el que generalmente le une un contrato de compraventa) da al cliente. A la laguna que el régimen jurídico del contrato de arrendamiento (en cuyo contexto el BGH ha situado el leasing) muestra en este sentido, el BGH ha tratado de responder mediante la concesión al cliente de una acción indemnizatoria por culpa in contrahendo, solución que el autor no considera adecuada, salvo en los casos, no frecuentes, en los que el suministrador del financiador sea de hecho un auxiliar contractual de este último que, en otro caso, debe quedar vinculado con base en la protección del consumidor y la seguridad jurídica del tráfico comercial. (M.P.G.R.).

189. KRAMPE, Christoph: «Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln», ACP, 1994, pp. 1-41.

Se examinan las vías por las que puede evitarse el pronunciamiento de nulidad y, en consecuencia, ineficacia, de cláusulas contractuales ilícitas conforme a los párrafos 134 y 138 BGB, o los párrafos 9-11 AGBG. En particular se analiza la evolución jurisprudencial y el cauce metodológico seguido para alcanzar dicho resultado a través de la conversión, la nulidad parcial y la interpretación teleológica de la norma infringida. Pero también los límites a la conservación del negocio, determinantes, en su caso, de la necesaria ineffectuación total del contrato. (I.G.P.).

190. LACHAUD, J.: «L'action en nullité des ventes d'animaux après l'arrêt du 5 mai 1993 de la première chambre civile de la cour de cassation», GP, 1994, núms. 63-64, pp. 5-6.

El autor separa en su estudio dos supuestos: la venta común y la venta de animales domésticos en relación con la evicción y los vicios ocultos. (Aranda/Sierra).

191. LACHAUD: «*Fixation du fermage et carence des arrêts préfectoraux*», GP, 1994, núms. 126-127, pp. 2-4.

Problemas en torno a la fijación del precio en los arrendamientos rústicos y carencia de sentencias sobre el tema. (Aranda/Sierra).

192. LAMBERT-FAIVRE: «*Fondement et régime de l'obligation de sécurité*», RDS, 1994, núm. 11, pp. 81-85.

La obligación de seguridad, con base en la obligación natural de respetar la integridad física de los demás es algo que trasciende a la responsabilidad contractual y a la delictual. Es una obligación determinada, sancionada con una responsabilidad objetiva uniforme. (Aranda/Sierra).

193. LAROCHE DE ROUSSANE: «*L'obtentio de dommages-intérêts justifie-t-elle la perception d'honoraires par l'avocat commis au titre de l'aide judiciaire?*», RDS, 1994, núm. 4, pp. 39-40.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sala 1.^a, de 26 de mayo de 1993. (Aranda/Sierra).

194. LARROUMET: «*La responsabilité civile en matière d'environnement. Le projet de Convention du Conseil de l'Europe et le livre vert de la Commission des Communautés européennes*», RDS, 1994, núm. 14, pp. 101-107.

Los límites a esta responsabilidad y su régimen jurídico. (Aranda/Sierra).

195. LARROUMET: «*Cession Daily et compensation légale*», RDS, 1994, núm. 19, pp. 269-270.

Nota a la sentencia de casación comercial de 14 de diciembre de 1993. (Aranda/Sierra).

196. LEBRETON: «*Du mauvais usage du principe d'unité des fautes civiles et pénales et de ses conséquences*», RDS, 1994, núm. 17, pp. 239-244.

Comentario a la sentencia de la corte de apelación de Grenoble de 15 de junio de 1993. (Aranda/Sierra).

197. LEPRI, A.: «*Cessione del contratto e cessione della clausola compromissoria*», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 875-870.

Comentario a la sentencia de casación de 16-2-93, n. 1930. Polémica en torno a la cuestión de si la cesión de un contrato con cláusula compromisoria comporta también la sustitución del cesionario. (A.R.G.).

198. LEONNET, J.: «*Des pratiques discriminatoires en matière de prestations de services*», GP, 1994, núms. 233-235, pp. 24-26.

Comentario a la sentencia de la corte de casación comercial de 1 de marzo de 1994. (Aranda/Sierra).

199. LIVI, M. A.: «*Contratto di edizione e presupposizione*», RDC, 1994, núm. 3, parte seconda, pp. 297-309.

Reflexión, a propósito de la sentencia de apelación del Trib. Milano, 26-maggio, 1992, sobre la figura del presupuesto contractual del artículo 1.467 del Código civil italiano, y su configuración como causa de resolución del contrato. (R.D.R.).

200. LOMBARD, M.: «*La responsabilité des constructeurs et autres intervenants à l'acte de construire envers le maître de l'ouvrage*», GP, 1994, núms. 54-55, pp. 2-8 y 25-28.

En aplicación de la ley de 4 de enero de 1978 se estudia el concepto de recepción de la obra: el fundamento de la responsabilidad del constructor tanto si ha habido recepción de la obra como si ésta no se ha llevado a cabo y la extensión de esta responsabilidad junto con las acciones y recursos. (Aranda/Sierra).

201. MARINELLI, F.: «Le nuove frontiere della responsabilità professionale dell'avvocate», NGCC, 1994, núm. 2, marzo-abril, parte prima, pp. 275-279.

Comentario a las resoluciones de Cass. 8-5-1993 n. 5325, y del Trib. Roma 27-11-1992 respecto a la responsabilidad civil del abogado frente al propio cliente. (A.R.G.).

202. MARINELLI, F.: «La tutela civile dei soggetti deboli», GC, 1994, núm. 3, pp. II, 155-171.

Análisis de las formas de tutela del sujeto débil según la causa de su debilidad. Especial referencia al menor y al anciano, al enfermo y al consumidor. La extensión del daño indemnizable y de los bienes protegidos en el ámbito de la responsabilidad aquiliana. (R.D.R.).

203. DE LA MARNIERRE: «Responsabilité du fait d'un mineur du service ou de l'association à qui il est confié», RDS, 1994, núm. 8, pp. 95-97.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección 2.^a, de 6 de junio de 1993. (Aranda/Sierra).

204. MARTELLINO, G.: «Il deposito: un contratto in bilico tra gratuità ed onerosità», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 881-891.

Comentario a la sentencia de casación de 13-1-93 n. 359, sobre presunción de gravedad del contrato de depósito (noción, peculiaridades y consecuencias). (A.R.G.).

205. MARTIN, D.: «L'engagement de codébiteur solidaire adjoint», RTDC, 1994, núm. 1 (enero-marzo), pp. 49-57.

El autor realiza este estudio mediante el análisis del artículo 1.216 del C.c. francés. (Aranda/Sierra).

206. MARTIN: «Du virement bancaire comme modalité de paiement d'une obligation monétaire», RDS, 1994, núm. 3, pp. 27-28.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sala 1.^a, de 23 de junio de 1993. (Aranda/Sierra).

207. MARTIN: «Une saisie conservatoire sur soi-même ne peut paralyser les effets d'une saisie-attribution antérieure», RDS, 1994, núm. 5, pp. 53-55.

Nota a la sentencia del TGI de Niza de 16 de junio de 1993. (Aranda/Sierra).

208. MARTIN: «La stipulation de contrat pour autrui», RDS, 1994, núm. 20, pp. 145-147.

El objeto de la estipulación, la promesa de contrato; la opción contractual. La salida del contrato prometido; el efecto del contrato concluido. (Aranda/Sierra).

209. MARZONA, N.: «Lo status (professionalità e responsabilità) dell'impresa bancaria in una recente sentenza della Cassazione», BBTC, 1994, III, parte seconda, pp. 266-270.

Responsabilidad civil, contractual y extracontractual, de los entes sujetos a la disciplina bancaria. (C.J.D.).

210. MASSONI: «La situation des créanciers après la réforme de la loi du 25 janvier 1985», GP, 1994, núms. 266-267, pp. 2-11.

Estudio de la nueva legislación atendiendo a: 1.^º la información de los acreedores por vía de los controladores; 2.^º el pago de los acreedores; 3.^º la declaración de acreedor y 4.^º la reivindicación. (Aranda/Sierra).

211. MASTROPAOLO, F.: «Consegna e forma nei contratti reali», AR-CHIV. GIUR., 1993, IV, pp. 359-438.

Necesidad de la entrega para el perfeccionamiento de los contratos reales: Estudio crítico del desarrollo doctrinal al respecto. (C.J.D.).

212. DI MAURO, N.: «Autorizzazione alla vendita di beni immobili ereditari del minore in potestate: il conflitto tra l'art. 320 c.c. e l'art. 747 c.p.c.», GC, 1994, núm. 1, pp. II, 3-11.

Estudio relativo a la tutela de los intereses del menor, y el problema de la competencia para autorizar la venta de bienes heredados por éste. (R.D.R.).

213. MAYER-MALY, Theo: «Was leisten die guten Sitten?», ACP, 1994, pp. 105-174.

En este estudio no se pretenden exponer las distintas concepciones que existen en torno a la noción misma de «buenas costumbres», de las que, no obstante, el autor da cuenta. La finalidad perseguida es determinar la función que las «buenas costumbres» cumplen en dos ámbitos: ley y jurisprudencia. Se analiza el cometido asignado a las «buenas costumbres» en distintas normas del BGB (parágrafos 138, 826), en el Derecho internacional Privado, en el Derecho de la competencia, en el ámbito laboral, etc. Pero también los resultados concretos para cuya obtención la Jurisprudencia apela a las «*guten Sitten*», que rebasando ampliamente el marco del «orden familiar y sexual» (bastante reducido en la práctica de los Tribunales), se invocan para la aplicación de normas constitucionales, la protección de terceros o para concular el abuso de situaciones de poder. (I.G.P.).

214. MAZEAUD, D.: «La responsabilité du fait de la violation d'un pacte préférence», GP, 1994, núms. 33-34, pp. 2-7.

El autor plantea la diferencia entre el precontrato y el pacto de preferencia, señalando cómo en los últimos años varias decisiones han venido a determinar el régimen de éste último. Estudia los comportamientos constitutivos de violación tanto directa como indirecta y las consecuencias según exista o no mala fe por parte del tercero. (Aranda/Sierra).

215. MESTRE/JOURDAIN/GAUTIER: «Obligations et contrats spéciaux», RTDC, 1994, núm. 1 (enero-marzo), pp. 93-131.

Notas a diversas sentencias de casación en materia de obligaciones y contratos. Mestre anota las sentencias relativas a obligaciones en general; Jourdain las referentes a responsabilidad civil, y Gautier se encarga de anotar las sentencias relativas a diversos contratos. (Aranda/Sierra).

216. MESTRE/JOURDAIN/GAUTIER: «Obligations et contrats spéciaux», RTDC, 1994, núm. 2, pp. 343-380.

Notas a diversas sentencias de casación en materia de obligaciones y contratos. Mestre anota las sentencias relativas a obligaciones en general; Jourdain las referentes a responsabilidad civil, y Gautier se encarga de anotar las sentencias relativas a diversos contratos. (Aranda/Sierra).

217. MEYER: «La rénovation des locaux occupés soumis à la loi du premier septembre 1948», GP, 1994, núms. 110-111, pp. 2-23.

Plantea los problemas técnicos, humanos, financieros y jurídicos de la ley de 1 de septiembre de 1948 en cuanto obliga al propietario a hacer las obras necesarias, no sólo para la conservación del inmueble, sino incluso para acondicionamiento y confort. (Aranda/Sierra).

218. MICHALSKI, L./RÖMERMAN, V.: «Die Wirksamkeit der salvatorischen Klauseln», NJW, 1994, pp. 886-890.

La validez de la cláusula salvatoria.

Resulta frecuente en los contratos celebrados con condiciones generales la inclusión de una cláusula que dé respuesta a la eventual invalidez de otra u otras, mediante la afirmación de que tal invalidez no afectará a la del contrato en general (algo absolutamente normal) y la obligación a cargo de los contratantes de completar o sustituir o integrar la cláusula ineficaz por una norma que responda en lo posible al significado económico de la cláusula ineficaz. Sobre este segundo extremo (admisibilidad y proble-

mas de una cláusula complementaria como acuerdo individual) se pronuncia el artículo. (M.P.G.R.).

219. MIRABAIL: «*Anciennes et nouvelles frontières de la destruction d'objets mobiliers et du voï*», RDS, 1994, núm. 21, pp. 305-308.

Nota a la corte de apelación de Burdeos de 5 de marzo de 1992. (Aranda/Sierra).

220. MISSIO, V.: «*Osservazioni a Trib. Milano 18 gennaio 1993, in tema di reviviscenza della fideiussione*», BBTC, 1994, IV, parte segunda, pp. 461-464.

Requisitos de validez de la cláusula por la que se acuerda la reviviscencia de la fianza en el caso de revocación del pago extintivo de la deuda principal. (C.J.D.).

221. MITTENZWEIN, I.: «*Mitverschulden des Käufers bei der Bestimmung des Haftungsumfanges für Sach- und Rechtsmängel im Kaufrecht*», JUS, 1994, pp. 187-193.

Comentario a la sentencia del BGHZ de 31 de enero de 1990 donde se plantea la responsabilidad del comprador en la fijación del alcance de la responsabilidad por vicios materiales y jurídicos en la compraventa. (M.P.G.R.).

222. MORAND: «*Copropriété, répartitions spéciales et votes speciaux*», GP, 1994, núms. 110-111, pp. 32-35.

División de la comunidad en varias. La subdivisión de las cargas y el problema de afrontar las cargas especiales. (Aranda/Sierra).

223. MORELLI, M. V.: «*Delitti di corruzione e risarcibilità del “danno morale” inferto alla p.a.: dalla “Lockheed” a “Tangentopoli” - nota a C. Conti, sez. giur. Lombardia, 24 marzo 1994, n. 31*», GC, 1994, núm. 6, pp. I, 1735-1737. (R.D.R.).

224. MOURE, A.: «*A propos de l’application de l’art. 51 de la Convention de Bruxelles aux litiges nés de la rupture d’un contrat de représentation*», GP, 1994, núms. 189-190, pp. 2-3.

Comentario a la sentencia de la sala comercial de la Corte de casación de 12 de enero de 1993. (Aranda/Sierra).

225. MOURY: «*De l’indivisibilité entre les obligations et entre les contrats*», RTDC, 1994, núm. 2 (abril-junio), pp. 255-274.

La indivisibilidad vista desde el punto de vista de la doctrina y jurisprudencia francesas. (Aranda/Sierra).

226. MOURY: «*Le silence devant l’offre d’établissement ou de modification du lien contractuel*», RDS, 1994, núm. 6, pp. 69-72.

Nota a la sentencia de la corte de casación comercial de 26 de enero de 1993. (Aranda/Sierra).

227. MUTELET: «*Les conditions d’exercice du droit de cession de bail du locataire partant à la retraite ou titulaire d’une rente d’invalidité (article 34-3-1 du décret du 30 septembre 1953)*», LC, 1994, núm. 2 (febrero), pp. 1-2.

El derecho de cesión del arrendamiento introducido por la ley 85/1408, de 30 de diciembre de 1985. (Aranda/Sierra).

228. NAJJAR: «*Le banquier et l’obligation de renseignement dans les marchés à terme*», RDS, 1994, núm. 11, pp. 142-145.

Comentario a la sentencia de la corte de casación comercial de 18 de mayo de 1993. (Aranda/Sierra).

229. PAIRE: «*La déambulation désordonnée de l'ivrogne de nuit, sur une chaussée fréquentée est une faute inexcusable*», RDS, 1994, núm. 20, pp. 277-278.

Conclusiones a la sentencia de la corte de apelación de París de 16 de marzo de 1994. (Aranda/Sierra).

230. PAISANT: «*De la ratification d'un bail commercial consenti par le mari sur un propre de la femme*», RDS, 1994, núm. 3, pp. 25-27.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación civil, sección 1.^a, de 17 de mayo de 1993. (Aranda/Sierra).

231. PALADINI, M.: «*Convivenza more uxorio e successione nel contratto*», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 939-949.

Anotaciones a la resolución del Tribunal de Florencia de 4-12-1992 en materia de sucesión ex lege del convíviente more uxorio en el contrato de arrendamiento de vivienda. (A.R.G.).

232. PALAMARA, L.: «*Il controllo delle clausole disposte dai contraenti e la tutela dell'utilizzatore del bene nel contratto di leasing - nota a Cass. 21 giugno 1993, n. 6862*», GC, 1994, núm. 6, pp. I, 1626-1629. (R.D.R.).

233. PANKOW, U.: «*Die Beseitigung des Räumungsvergleichs bei Zweifeln am Eigenbedarf*», NJW, 1994, pp. 1182-1187.

La paralización del desahucio en caso de duda sobre la causa de necesidad propia.

El artículo analiza las posibles objeciones que se pueden plantear desde un punto de vista procesal al desahucio por necesidad personal del arrendador, contemplando los casos en que esa necesidad deja de existir en diversos momentos del procedimiento e incluso una vez terminado éste. (M.P.G.R.).

234. PEIGNOT: «*Droits à produire et bail rural. (De quelques difficultés pour la maîtrise des productions par les droits à produire, dans l'exploitation en faire-valoir indirec)*», GP, 1994, núms. 126-127, pp. 5-8.

La empresa agrícola y el derecho a producir. Las principales dificultades encontradas en casos de explotación indirecta. (Aranda/Sierra).

235. PEREGO, E.: «*Problemi urbanistici nella realizzazione dei campi da golf. Affitto dei fondi e convenzioni con i privati*», GC, 1994, núm. 1, pp. II, 25-29.

Repaso de la distinción entre locación y alquiler en el Derecho italiano, con notas de Derecho comparado, y calificación jurídica de la concesión de un usufructo para la realización de determinada actividad deportiva. (R.D.R.).

236. PEROCHON: «*La revendication favorisée (loi 94-475 de 10 juin 1994)*», RDS, 1994, núm. 32, pp. 251-254.

Estudio valorativo de las nuevas disposiciones sobre reivindicación y derechos del vendedor en la venta con reserva de dominio. (Aranda/Sierra).

237. PETRAGLIA, A. U.: «*Note sulla disciplina giuridica del credito fondiario e alle opere pubbliche dopo il nuovo testo unico 385/93 delle leggi in materia bancaria e creditizia*», GC, 1994, núm. 6, pp. II, 331-350. (R.D.R.).

238. PETRUCCI, C.: «*L'art. 10, primo comma, l. 17 febbraio 1992, n. 154, come "ius superveniens" - nota a Cass. 19 marzo 1993, n. 3291*», GC, 1994, núm. 5, pp. I, 1390-1392. (R.D.R.).

239. PILTZ, B.: «*Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht*», NJW, 1994, pp. 1101-1106.

En el artículo se da noticia del número actual de Estados parte en la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías y se analiza de modo sistemático la jurisprudencia alemana recaída hasta el momento sobre aquélla. (M.P.G.R.).

240. PINORI, A.: «*Estensione del risarcimento del danno per culpa in contrahendo*», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte prima, pp. 121-124.

Comentario a la resolución de Cass, 12-3-1993 n. 2973 en materia de responsabilidad civil. (A.R.G.).

241. PINORI, A.: «*Sull'identità di contenuto tra contratto preliminare e sentenza costitutiva ex art. 2.932 cod. civ.*», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 870-874.

Notas a la sentencia de casación de 1-2-93 n. 1219 sobre el dogma de la identidad de contenido entre un contrato preliminar y la sentencia constitutiva ex art. 2.932 del Código civil, y la posibilidad de ejecución específica limitada a la cuota indivisa de un bien en copropiedad. (A.R.G.).

242. PINORI, A.: «*Prevedibilità del danno*», RDC, 1994, núm. 2, parte seconda, pp. 139-149.

El autor se ocupa del tema de la previsión del daño en el marco de la disciplina de la responsabilidad contractual y extracontractual. (R.D.R.).

243. PREVAULT: «*Un débiteur ne saurait invoquer, devant le juge de l'exécution, à l'encontre de l'un de ses créanciers, un concordat dont la cour d'appel avait implicitement écarté l'application*», RDS, 1994, núm. 22, pp. 323-324.

Nota a la sentencia del TGI de Lyon de 12 de octubre de 1993. (Aranda/Sierra).

244. PREVAULT: «*L'article 727 de l'ancien code de procédure civile ne s'applique pas au moyen tirée du défaut de créance du saisissant à l'encontre du saisis*», RDS, 1994, núm. 32, pp. 453-454.

Nota a sentencia de casación civil, sección 2.^a, de 9 de febrero de 1994. (Aranda/Sierra).

245. PUECH: «*De la mise en danger d'autrui*», RDS, 1994, núm. 20, pp. 153-157.

Conducta anormal: obligación de seguridad y prudencia; violación manifiestamente deliberada. Exposición a un riesgo. (Aranda/Sierra).

246. QUETANT: «*L'action en responsabilité solidaire contre le salarié auteur d'une rupture abusive et son nouvel employeur*», RDS, 1994, núm. 2, pp. 23-24.

Notas a la decisión Cons. prud'h. de Aix-en-Provence de 6 de abril de 1993. (Aranda/Sierra).

247. QUIGNARD: «*Analyse juridique et technique de l'accident d'ascenseur le plus fréquent et résultant d'un mauvais nivelage à un niveau quelconque*», GP, 1994, núms. 254-256, pp. 2-6.

Estudio de las causas técnicas y su interpretación por los tribunales. El autor hace, asimismo, un análisis de la responsabilidad. (Aranda/Sierra).

248. DE RADA, D. C. F.: «*Sulla regolarità della sottoscrizione di scrittura privata*», NGCC, 1994, núm. 2, marzo-abril, parte prima, pp. 192-195.

Comentario a la sentencia del Trib. Vasto 19-3-1993 sobre validez de firma puesta al margen y no a pie de página de la escritura privada. (A.R.G.).

249. RAFFI: «*Implication et causalité dans la loi du 5 juillet 1985*», RDS, 1994, núm. 20, pp. 158-162.

Accidentes de automóvil. Necesidad de que exista un movimiento y un contacto. (Aranda/Sierra).

250. RAFFI: «*L'étendue de la réparation du dommage affectant un ouvrage immobilière*», RDS, 1994, núm. 29, pp. 413-415.

Responsabilidad decenal del constructor. Nota a la sentencia de casación civil, sección 3.^a, de 16 de junio de 1993. (Aranda/Sierra).

251. RAFFI, A.: «*Dimissioni per corteggiamento indesiderato e risarcimento danni - nota a Pret. Trento 22 febbraio 1993*», GC, 1994, núm. 2, pp. I, 557-564. (R.D.R.).

252. REGNAUT-MOUTIER: «*Application de l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 à la revendication des fonds de commerce donné en location-gérande*», RDS, 1994, núm. 14, pp. 192-195.

Nota a la sentencia del Tribunal de apelación de Caen de 18 de setiembre de 1993. (Aranda/Sierra).

253. REVEL: «*L'irrecevabilité de l'action paulienne contre la convention définitive de divorce homologuée*», RDS, 1994, núm. 21, pp. 303-305.

Nota a la sentencia del Tribunal de apelación de Versalles de 11 de marzo de 1993. (Aranda/Sierra).

254. RIZZUTO, C.: «*Ancora sulla nuova disciplina delle locazioni urbane*», NLCC, 1994, núm. 2, pp. 276-289.

Análisis del artículo 11 del Decreto-ley de 11 de julio de 1992, n. 333, en el texto coordinado con la Ley de 8 de agosto de 1992, n. 259, en relación con la Ley n. 392 de 1978. Nueva regulación del canon de inmuebles destinados a vivienda. (R.D.R.).

255. ROCHEDAHAN: «*L'exception d'inexecution une forme de résolution unilateral du contrat sinalagmatique*», RDS, 1994, núm. 32, pp. 255-258.

Estudio sobre las distintas formas doctrinales de concebir la excepción de inejecución contractual. (Aranda/Sierra).

256. ROPPO, V.: «*La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*», RDC, 1994, núm. 2, parte prima, pp. 277-302.

Identificación, clasificación y tratamiento jurídico de los contratos que incluyen cláusulas abusivas. La problemática recepción en el ordenamiento italiano de la Directiva n. 93/13, de 5 de abril de 1993, de la CEE. (R.D.R.).

257. ROSSELLO, C.: «*Sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso*», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte prima, pp. 126-130.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Monza del 21-7-93 en materia de responsabilidad del productor. (A.R.G.).

258. ROUSSEL: «*Construction et urbanisme*», GP, 1994, núms. 110-111, pp. 37-38.

Comentario a la sentencia de la corte de casación civil, sala 3.^a, de 20 de enero de 1993. (Aranda/Sierra).

259. RIUIMY-CAHEN: «*De l'incidence d'un descriptif de division sur la validité d'un congé avec offre de vente*», LC, 1993, núm. 7 (juillet), pp. 1-2.

Estudio jurisprudencial de la materia. (Aranda/Sierra).

260. SALA, M.: «*Preliminare di compravendita di immobile irregolare e tutela del promissario acquirente - nota a Cass. 3 settembre 1993, n. 9313*», GC, 1994, núm. 5, pp. I, 1323-1331. (R.D.R.).

261. SCHERMI, A.: «Riflessioni in tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile da circolazione dei veicoli: in particolare, sul caso di trasferimento di veicolo - nota a Cass. 12 maggio 1993, n. 5415», GC, 1993, núm. 12, pp. I, 2976-2981. (R.D.R.).

262. SEIDEL, H. J.: «Die vom Besteller verweigerte Nachbesserung beim Werkvertrag», JZ, 1994, pp. 383-388.

Las modificaciones no aceptadas por el comitente en el contrato de obra. Comentario a la Sentencia del OLG de Düsseldorf de 28 de junio de 1991. (M.P.G.R.).

263. SIRENA, P.: «Alienità dell'affare e conflitto d'interessi fra rappresentante e rappresentato ex art. 1.394 c.c.», RDC, 1994, núm. 1, parte seconda, pp. 85-101.

Reflexión en torno al conflicto de intereses entre representante y representado desde el artículo 1.394 del C.c., con ocasión de la sentencia de Cass. civil, 7 aprile 1992, n. 4257. Impugnación del contrato y resarcimiento del daño. (R.D.R.).

264. SORTAIS/DERRIDA: «Redressement et liquidation judiciaires: la COJURA ne peut invoquer l'extinction de la créance pour défaut de déclaration», RDS, 1994, núm. 19, pp. 267-269.

Nota a la sentencia de la corte de casación comercial de 5 de octubre de 1993. (Aranda/Sierra).

265. SOUBISE: «La transmission, par substitution de bénéficiaire des droits conferés par une promesse de vente», RDS, 1994, núm. 30, pp. 237-242.

Disputa doctrinal y jurisprudencial sobre la cláusula de sustitución en la promesa de venta. (Aranda/Sierra).

266. STALTERI, M. D.: «Il problema de la responsabilità del produttore di sigarette e il caso Cipollone: l'“assalto alla cittadella” è realmente cominciato?», RDC, 1994, núm. 1, parte prima, pp. 177-238.

La responsabilidad civil por daños derivados de la producción y consumo de sustancias tóxicas como el tabaco. Análisis del supuesto a través del caso Cipollone. La publicidad del producto y la advertencia del daño. (R.D.R.).

267. STORCK: «L'application d'exception d'inexécution en matière de bail», RDS, 1994, núm. 33, pp. 462-465.

Comentario a la sentencia de casación civil, sección 3.^a, de 15 de diciembre de 1993, sobre arrendamiento de locales comerciales. Suspensión del pago. (Aranda/Sierra).

268. TALLON, D.: «L'inexécution du contrat: pour une autre présentation», RTDC, 1994, núm. 2 (abril-junio), pp. 223-238.

Incoherencias doctrinales y jurisprudenciales en la materia. Remedios de que dispone el acreedor ante el incumplimiento del deudor. (Aranda/Sierra).

269. TAUPITZ, J.: «Berufsständische Satzungen als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB», JZ, 1994, pp. 221-227.

De acuerdo con el § 134 BGB, un negocio jurídico que contraviene una prohibición legal es nulo si la ley no establece una sanción distinta. Se discute si también puede conducir a la nulidad del negocio jurídico la oposición a una norma de rango inferior a la ley. Esta pregunta trata de ser aclarada en el presente artículo desde la perspectiva de los reglamentos de orden laboral. (M.P.G.R.).

270. THAMM, M./PILGER, G.: «Vertragliche Nebenpflicht zur Aufklärung und Beratung bei Lieferverträgen und deren Regelung in Geschäftsbedingungen des kaufmännischen Verkehrs», BB, 1994, pp. 729-732.

El autor se ocupa con las siguientes cuestiones: ¿qué deberes de aclaración existen para el suministrador en lo que atañe al objeto de la entrega y a las circunstancias de

conclusión y vicisitudes del contrato?, ¿qué deberes de comunicación para el comitente?, ¿en qué medida se cumplen estos deberes?, ¿existe un deber de información sobre la contraparte en el contrato? (M.P.G.R.).

271. THEVENOT: «*Environnement et préjudice moral: observations sur les contentieux en réparation*», RDS, 1994, núm. 28, pp. 225-228.

Evolución del daño ecológico y su reparación. (Aranda/Sierra).

272. DE TILLA, M.: «*Sul legittimo rifiuto di restituzione della cosa locata - nota a Cass. 18 giugno 1993, n. 6798*», GC, 1994, núm. 5, pp. I, 1363-1367. (R.D.R.).

273. DE TILLA, M.: «*Sugli effetti nei confronti del subconduttore della riduzione del contratto di locazione - nota a Cass. 6 novembre 1993, n. 11003*», GC, 1994, núm. 6, pp. I, 1598-1602. (R.D.R.).

274. TRAVERSO, M. C.: «*Responsabilitá civile del magistrato (e dello Stato) ed ingiusta detenzione preventiva*», NGCC, 1994, núm. 3, mayo-junio, parte prima, pp. 418-421.

Comentario a la resolución del Trib. Roma, 5-3-1993 sobre resarcimiento de daños morales y patrimoniales derivados de una injusta prisión preventiva. (A.R.G.).

275. TRAVERSO, M. C.: «*Danno risarcibile*», RDC, 1994, núm. 2, parte segunda, pp. 151-161.

Estudio dirigido a verificar el alcance del criterio de delimitación del daño resarcible, ofrecido por la disposición normativa contenida en el artículo 1.227 del Código civil, en el campo del daño extracontractual. (R.D.R.).

276. TRIOLA, R.: «*Il divieto di subaffitto di fondi rustici*», NGCC 1994, núm. 2, marzo-abril, parte segunda, pp. 131-137.

Razón de la prohibición. Concepto de subarriendo. Efectos de la falta de ejercicio de la acción de nulidad. Término para hacer valer la violación de la prohibición. Legitimación. Derecho del subarrendatario a subrogarse en el contrato de arriendo. (A.R.G.).

277. VASSEUR: «*Crédit documentaire transférable. Rôle de la banque intermédiaire notificatrice*», RDS, 1994, núm. 3, pp. 28-32.

Comentario a la sentencia de la corte de casación mercantil, de 15 de julio de 1992. (Aranda/Sierra).

278. VERSCHAVE: «*Effet du cahier des charges à l'aégard des créancier du sas*», RDS, 1994, núm. 9, pp. 116-118.

Nota a la sentencia de casación civil, sección 2.^a, de 2 de diciembre de 1922. (Aranda/Sierra).

279. VIAL-PEDROLETTI: «*Bail d'habitation*», LC, 1993, núm. 1 (janvier), pp. 2-6.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos, especialmente en materia de solidaridad de los cónyuges en el arrendamiento y la exclusión por la ley de 1 de septiembre de 1948 de los parkings como garajes. (Aranda/Sierra).

280. VIAL-PEDROLETTI: «*Renonciation individuelle d'un époux au droit de bail*», LC, 1993, núm. 1 (janvier), p. 1.

Comentario jurisprudencial sobre la renuncia individual al derecho de arrendamiento de un cónyuge. (Aranda/Sierra).

281. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1993, núm. 2 (février), pp. 2-5.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos, especialmente sobre información del arrendador sobre la situación familiar del arrendatario; así como la obtención de reparación de las partes comunes por el arrendatario. (Aranda/Sierra).

282. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1993, núm. 3 (mars), pp. 3-7.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos. Posibilidad del arrendador mayor de 60 años de recuperar el inmueble; precio del arrendamiento; y, carácter del artículo 38 de la ley de 6 de julio de 1989. (Aranda/Sierra).

283. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1993, núm. 4 (avril), pp. 5-9.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos. Prohibición establecida al arrendador por la ley de 23 de diciembre de 1986; dispensa del pago del arrendamiento por imposibilidad de uso del lugar alquilado; e interpretación restrictiva de las cláusulas resolutorias del arrendamiento. (Aranda/Sierra).

284. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1993, núm. 5 (mai), pp. 2-6.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos, especialmente la relativa a la no aplicación del artículo 13 de la ley de 6 de julio de 1989 a las sociedades civiles constituidas entre concubinos; necesidad de acuerdo expreso y escrito sobre mejoras en el arrendamiento. (Aranda/Sierra).

285. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1993, núm. 6 (Juin), pp. 3-7.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos, especialmente, sobre la interpretación de la entrega de llaves al conserje; el decreto de 27 de marzo de 1993 y violación del artículo 1.723 del Código civil. (Aranda/Sierra).

286. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1993, núm. 7 (juillet), pp. 2-6.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos. Subarrendamiento y subarriendo ilícito. (Aranda/Sierra).

287. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1993, núm. 8-9 (Août-septembre), pp. 3-7.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos, especialmente las relativas a los arrendamientos que finalizan con la muerte del arrendatario o de sus hijos; posibilidad de albergar a un tercero; y ausencia de notificación de la venta del inmueble al arrendatario. (Aranda/Sierra).

288. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1993, núm. 10 (octobre), pp. 4-8.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos. Adecuación del precio del arrendamiento con el precio real del bien por el juez; fin de la solidaridad de los cónyuges en el arrendamiento. (Aranda/Sierra).

289. VIAL-PEDROLETTI: «Bail dérogatoire: une autre difficulté d'interprétation réglée par la Cour de cassation», LC, 1993, núm. 11 (novembre), pp. 1-2.

Comentario a la sentencia de la corte de casación civil, sección tercera, de 2 de junio de 1993 sobre la aplicación del artículo 35 de la ley de 23 de diciembre de 1986. (Aranda/Sierra).

290. VIAL-PEDROLETTI: «*Bail d'habitation*», LC, 1993, núm. 11 (Noviembre), pp. 2-6.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos, especialmente en materia de mandato tácito y cotitularidad en el arrendamiento y abuso en el rechazo de autorización al arrendatario. (*Aranda/Sierra*).

291. VIAL-PEDROLETTI: «*Bail d'habitation*», LC, 1993, núm. 12 (décembre), pp. 2-5.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos, especialmente en lo relativo a la oferta de venta; apreciación de las mejoras en el arrendamiento y extensión de la fianza en caso de prolongación del arrendamiento. (*Aranda/Sierra*).

292. VIAL-PEDROLETTI: «*Bail d'habitation*», LC, 1994, núm. 1 (janvier), pp. 4-7.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos de viviendas, especialmente en lo relativo a la reducción del plazo de preaviso y despido del arrendatario. (*Aranda/Sierra*).

293. VIAL-PEDROLETTI: «*Bail d'habitation*», LC, 1994, núm. 2 (février), pp. 4-8.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos de viviendas. Precio de la venta del inmueble arrendado ha de corresponder con el valor actual del arrendamiento y no con el futuro. (*Aranda/Sierra*).

294. VIAL-PEDROLETTI: «*Le rôle du juge en cas de congé abusif*», LC, 1994, núm. 3 (mars), pp. 1-2.

Los problemas que presenta la aplicación del artículo 15 de la ley de 6 de julio de 1989. (*Aranda/Sierra*).

295. VIAL-PEDROLETTI: «*Bail d'habitation*», LC, 1994, núm. 3 (mars), pp. 2-6.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos de viviendas, especialmente sobre nulidad de la renuncia notificada según el artículo 15 de la ley de 1989; inaplicación del artículo 1.733 del C.c. al subarriendo; y, posibilidad de la aplicación del art. 19 de la ley de 1948 a los inmuebles divisibles. (*Aranda/Sierra*).

296. VIAL-PEDROLETTI: «*Bail d'habitation*», LC, 1994, núm. 4 (avril), pp. 2-6.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos de viviendas. Subarrendamiento derivado del uso prolongado de un local; cláusulas que restringen la responsabilidad del arrendador se consideran no escritas. (*Aranda/Sierra*).

297. VIAL-PEDROLETTI: «*Bail d'habitation*», LC, 1994, núm. 5 (mai), pp. 2-6.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamiento de viviendas. La protesta ante la subida del arrendamiento no dispensa al arrendatario del pago del precio; prórroga del arrendamiento. (*Aranda/Sierra*).

298. VIAL-PEDROLETTI: «*Bail d'habitation*», LC, 1994, núm. 6 (juin), pp. 2-7.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos de viviendas, en especial las relativas a la posibilidad de recurrir a un oficial de justicia que constate el estado del inmueble. (*Aranda/Sierra*).

299. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1994, núm. 7 (juillet), pp. 2-5.

Notas a diversas sentencias en materia de arrendamientos de viviendas. Carácter del conserje de un inmueble: no es mandatario del arrendador; renovación del arrendamiento por un usufructuario; subarrendamiento. (Aranda/Sierra).

300. VIDAL: «Contamination par le sida: une mauvaise surprise du côté des assurances», RDS, 1994, núm. 1, pp. 13-16.

Notas a la sentencia del Tribunal de apelación de Aix-en-Provence de 12 de julio de 1993 sobre responsabilidad civil. (Aranda/Sierra).

301. VIDIRI, G.: «Azione del socio (e del terzo) ex art. 2.395 c.c. contro gli amministratori ed azione contro la società - nota a Cass. 22 gennaio 1993, n. 781», GC, 1994, núm. 4, pp. I, 1098-1102. (R.D.R.).

302. VIDIRI, G.: «La responsabilità civile nell'esercizio delle attività sportive», GC, 1994, núm. 4, pp. II, 199-220.

Estudio relativo a las diferentes hipótesis de responsabilidad civil derivada del ejercicio de actividad deportiva, en función de los sujetos intervenientes y la clase de actividad realizada: Responsabilidad de los organizadores de competiciones, gestores de instalaciones deportivas, entrenadores, médicos, etc. Daños causados a participantes y a terceros. (R.D.R.).

303. VIGNERON: «Le syndic et le vote d'un compte séparé au nom du syndicat», LC, 1993, núm. 12 (décembre), p. 1. (Aranda/Sierra).

304. VINEY: «Le préposé ne répond que de sa "faute personnelle dérachable de ses fonctions" au service du commettant», RDS, 1994, núm. 10, pp. 124-129.

Nota a la sentencia de la corte de casación comercial de 12 de octubre de 1993. (Aranda/Sierra).

305. VIVANT: «L'informatic dans la théorie générale du contrat», RDS, 1994, núm. 16, pp. 117-122.

Al hablar de contratos de informática hay que redefinir algunos conceptos y también reconsiderar algunos equilibrios. (Aranda/Sierra).

306. VOINOT: «Revente à perte et droit communautaire», RDS, 1994, núm. 14, pp. 185-191.

Nota a la sentencia de la CJCE de 24 de noviembre de 1993. (Aranda/Sierra).

307. VOLANTI, R.: «La responsabilità disciplinare dei magistrati», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte seconda, pp. 63-76.

Estudio que aborda, en primer lugar, el ilícito disciplinario en general (principio de tipicidad y legalidad, supuesto de ilícitos, procedimiento disciplinario, sanciones, revisión del procedimiento) y, en segundo lugar, la suspensión del magistrado sometido a procedimiento disciplinario. (A.R.G.).

308. WALKER, Wolf-Dietrich: «Rechtsverhältnisse bei der gewerbsmässigen Arbeitnehmerüberlassung und Schadensersatzansprüche des Entleihers wegen Schlechtlesitung», ACP 1994, pp. 295-318.

En supuestos de «cesión de trabajadores» por una Empresa de trabajo temporal, no existe contrato de trabajo entre el trabajador y quien recibe sus servicios (Empresa cessionaria). Partiendo de esta premisa, el autor estudia las vías que el Derecho civil ofrece para fundamentar acciones directas entre ambos, en particular la consideración del contrato entre trabajador y empresa cedente como un contrato a favor de los beneficiarios de la cesión de los trabajadores. (I.G.P.).

5. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

309. AMMENDOLA, M.: «*Sulla violazione del diritto d'autore*», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 829-900.

Comentario a la sentencia de Casación de 18-2-1993 n. 1996 sobre violación del derecho de autor por el revendedor de ejemplares reproducidos de forma abusiva. (A.R.G.).

310. ARNAUD, E.: «*Sur l'application en France de la réglementation CEE visant à retenir aux frontières du territoire européen les marchandises contrafaisantes*», GP, 1994, núms. 194-195, pp. 5-7.

Comparación del reglamento de 1 de diciembre de 1986 con el artículo 716-8 del Código de la propiedad intelectual. Posteriormente, se compara el proyecto de reglamento de 16 de agosto de 1993 con ese mismo artículo y con la ley de 5 de febrero de 1994. (Aranda/Sierra).

311. ATIAS: «*La position juridique du copropriétaire ne prenant pas part au vote*», RDS, 1994, núm. 16, pp. 123-124.

Destaca el poco apoyo que la doctrina y la jurisprudencia proporcionan para clarificar esta dificultad. (Aranda/Sierra).

312. ATIAS: «*Services personnels en copropriété immobilière (la revanche du droit commun)*», RDS, 1994, núm. 22, pp. 170-172. (Aranda/Sierra).

313. BANDRAC, M.: «*Sûretés, publicité foncière*», RTDC, 1994, núm. 1 (enero-marzo), pp. 139-141.

Notas a diversas sentencias de casación en materia de garantías reales y publicidad registral. (Aranda/Sierra).

314. BALDI LAZZARI, S.: «*L'eliminazione del silenzio-assenso in tema di concessioni edilizie*», NLCC, 1994, núm. 3, pp. 707-715.

Comentario al artículo 4 del Decreto-ley de 5 de octubre de 1993, n. 398, convertido en Ley de 4 de diciembre de 1993, núm. 493, sobre «Disposiciones para la aceleración de las inversiones y el apoyo de la ocupación y para la simplificación de los procedimientos en materia urbanística». En particular, se analiza el artículo 4 en tema de desaparición del silencio-aprobación en el procedimiento de otorgamiento de concesiones edilicias. (R.D.R.).

315. BERTANI, M.: «*L'evoluzione dei rapporti tra autori, artisti e fonografici*», Dir. Aut. 1994, núm. 2, abril-junio, pp. 193-231.

Extensión de la tutela del derecho de autor a la reproducción fenomecánica de las obras del ingenio. Reivindicación por parte de la industria fonográfica de un derecho de autor sobre sus productos. Camino hacia la atribución del *ius ex eludendi* a favor de los productores de fonogramas. (A.R.G.).

316. BONET, G.: «*Propriété industrielle et libre circulation des produits dans la communauté économique européenne: la règle d'épuisement des droits de propriété industrielle*», GP, 1994, núms. 84-85, pp. 5-8.

Los derechos de propiedad industrial constituyen uno de los mayores barreras en la importación de productos de uno a otro de los países comunitarios, por lo que se impone la caída de estos derechos. Estudia las circunstancias en que ha de producirse y sus límites. (Aranda/Sierra).

317. BÜLOW, P.: «*Grundfragen der Verfüngungsverboten*», JUS, 1994, pp. 1-8.

En un sistema de economía de mercado la autonomía privada no es sólo un postulado fundamental. Economía de mercado significa también libertad de comercio, comercio significa la transferencia de los derechos de una persona a otra, o también la posibilidad

de gravamen de estos derechos. En tal sistema, las prohibiciones de disponer derivadas de contratos con terceros, dan lugar a límites a la libertad de comercio y plantean algunos problemas fundamentales. (M.P.G.R.).

318. CABRILLAC/PRETTEL: «*Juin 1994 le primtemps des sûretés réelles?*», RDS, 1994, núm. 31, pp. 243-249.

Influencia de la ley núms. 94-475 de 10 de junio de 1994 sobre las garantías reales inmobiliarias. (Aranda/Sierra).

319. LECALVEZ: «*L'usufruit des valeurs mobilières de capitalisation (ou les bois taillis du XXe. siècle?)*», RDS, 1994, núm. 17, pp. 125-128. (Aranda/Sierra).

320. CAPLIGLIO G.: «*Diritto del produttore fonografico per utilizzazione di dischi nella radiodiffusione di opere musicale*», Dir. Aut. 1994, núm. 1, enero-marzo, pp. 83-89.

Comentario a la resolución de la Corte de Apelación de Nápoles de 4 de marzo de 1993. Primera sentencia de apelación pronunciada en materia de derechos del productor fonográfico a la radiodifusión de obras musicales mediante la utilización de discos u otros aparatos análogos. (A.R.G.).

321. CASALONGO, A.: «*La contrefaçon du brevet*», GP, 1994, núms. 84-85, pp. 10-13.

La ley de 5 de febrero de 1994 tiene como principal objetivo la regulación de la falsificación de marcas y modelos (propiedad intelectual). A ella se dedica este estudio. (Aranda/Sierra).

322. COLLAVA, T.: «*A proposito dell'IMAIE, Istituto mutualistico per gli artisti interpreti e/o esecutori: natura giuridica, finalità statutaria, gestione ex lege*», Dir. Aut. 1994, núm. 1, enero-marzo, pp. 1-22.

Análisis del IMAIE, instituto dedicado a la tutela de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutores y a la defensa y promoción de los intereses colectivos de estas categorías. (A.R.G.).

323. COLLOVA, T.: «*A proposito dell'IMAIE, Istituto mutualistico per gli artisti interpreti e/o esecutori: natura giuridica, finalità statutaria, gestione ex lege*», Dir. Aut. 1994, núm. 2, abril-junio, pp. 153-169.

Continuación del examen de las relaciones entre las asociaciones de productores y el IMAE, en materia de las compensaciones pertenecientes a los artistas intérpretes o ejecutores en el sentido del art. 73.1.^º de la Ley de 22 de abril de 1941 n. 663 y sucesivas modificaciones. (A.R.G.).

324. CONTALDO, A.: «*Aspectti giuspubblicistici della disciplina sulla Pay-Tv*», Dir. Aut. 1994, núm. 2, abril-junio, pp. 170-193. (A.R.G.).

325. CORRADI, E.: «*Recenti tendenze in tema di occupazione acquisitiva*», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte segunda, pp. 45-55.

Artículo dedicado a la ocupación adquisitiva (naturaleza jurídica, esfera de operatividad y ámbito de aplicación). (A.R.G.).

326. DERRIDA: «*Redressement el liquidation judiciaires et régime de communauté*», RDS, 1994, núm. 14, pp. 108.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de apelación de París de 25 de junio de 1993. (Aranda/Sierra).

327. DINI E. A.: «Provvedimenti ex art. 161 della legge núm. 633/1941 e nuovo rito cautelare», Dir. Aut. 1994, núm. 2, abril-junio, pp. 257-266.

Notas a la Ordenanza del Tribunal de Milán de 21 de junio de 1993 sobre la posible admisión de procedimientos de urgencia dirigidos al secuestro de publicaciones realizados por medio de la prensa. (A.R.G.).

328. DOGLIOTTI, R.: «Sul preliminare di vendita di un bene comune da parte di alcuni dei comproprietari: questione di fatto o di diritto?», NGCC, 1994, núm. 3, mayo-junio, parte prima, pp. 356-361.

Comentario a la sentencia de Cass. 8-7-1993 n. 7481, en materia de venta de cosa común. (A.R.G.).

329. EDELMAN: «Le statut difficile de l'oeuvre composite», RDS, 1994, núm. 8, pp. 90-95.

Nota a la sentencia de casación civil, sala 1.^a, de 10 de marzo de 1993. (Aranda/Sierra).

330. EDELMAN: «La définition de l'originalité d'une œuvre en vue de l'exercice du droit de suite», RDS, 1994, núm. 11, pp. 138-142.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección 1.^a, de 13 de octubre de 1993. (Aranda/Sierra).

331. EDELMAN: «Les artistes interprètes bénéficient d'un droit de diffusion», RDS, 1994, núm. 16, pp. 218-224.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de París de 16 de junio de 1993. (Aranda/Sierra).

332. EDELMAN: «La distribution de films et le droit communautaire», RDS, 1994, núm. 23, pp. 329-334.

Nota a la sentencia del CJCE de 4 de mayo de 1993. (Aranda/Sierra).

333. ELDELMAN: «L'auteur d'une œuvre préexistente peut limiter contractuellement la durée d'exploitation d'œuvre dérivée», RDS, 1994, núm. 29, pp. 405-409.

Notas a la sentencia de casación civil, sección 1.^a, de 24 de noviembre de 1993 y 9 de febrero de 1994. (Aranda/Sierra).

334. FABIANI, M.: «La pubblicazione di opere inedite postume», Dir. Aut. 1994, núm. 2, abril-junio, pp. 266-268.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 3 de noviembre de 1993 que analiza si la publicación de una obra póstuma inédita de un conocido escritor constituye lesión del derecho de los herederos a la publicación en virtud del art. 24 de la Ley 1941, n. 633. (A.R.G.).

335. FABIANI, M.: «Sui limiti di protezione delle notizie e informazioni di stampa», Dir. Aut. 1994, núm. 1, enero-marzo, pp. 70-77.

Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 10 de mayo de 1993 n. 5346 sobre la responsabilidad del autor que plagia una obra mediante pequeñas y fáciles variaciones. (A.R.G.).

336. FABIANI, M.: «Divieto di discriminazione in ambito CEE e protezione degli artisti esecutori comunitari contro i bootlegs», Dir. Aut. 1994, núm. 2, abril-junio, pp. 279-288.

La sentencia de la Corte de Justicia de Luxemburgo de 20 de octubre de 1993 sanciona la regla de que los derechos que un Estado Miembro de la Comunidad Europea reconoce a los propios artistas intérpretes o ejecutores deben ser igualmente atribuidos a los artistas comunitarios cuando sus prestaciones en medios materiales se utilizan en dicho Estado. (A.R.G.).

337. FERRARA SANTAMARA, M.: «La durata di protezione in Italia di opere cinematografiche americane», Dir. Aut. 1994, núm. 1, enero-marzo, pp. 77-83.

Nota a la sentencia de la Corte Suprema de Casación de 4 de septiembre de 1993 núm. 09.326 sobre la duración de la protección del derecho de autor en Italia para las obras cinematográficas de los Estados Unidos de América y de los países vencedores de la última Guerra Mundial. (A.R.G.).

338. FRANÇON: «L'autonomie du droit moral de l'auteur par rapport aux autres droits de la personnalité», RDS, 1994, núm. 6, pp. 78-80.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sala 1.^a, de 10 de marzo de 1993. (Aranda/Sierra).

339. FRANÇON: «Statut de l'oeuvre posthume (affaire Jules Verne)», RDS, 1994, núm. 12, pp. 155-157.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección 1.^a, de 9 de noviembre de 1993. (Aranda/Sierra).

340. GAGGERO, P.: «Il frazionamento in multiproprietà di alberghi», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte segunda, pp. 22-44.

Análisis sobre la licitud del modelo de multipropiedad y, en concreto, la multipropiedad de hoteles. (A.R.G.).

341. GAUTIER: «Miss Scarlett et la nouvelle guerre (judiciaire) de Sécession», RDS, 1994, núm. 10, pp. 132-136.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de Versalles de 15 de diciembre de 1993. (Aranda/Sierra).

342. GAUTIER: «Les “bulles” de l'arrêt Perrier: l'ayant cause de l'auteur, succombant sous la raison de la loi et la force des usages», RDS, 1994, núm. 13, pp. 166-169.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 13 de octubre de 1993. (Aranda/Sierra).

343. GILIA, A.: «Sulla legittimazione del terzo acquirente del bene pignorato a proporre opposizione agli atti esecutivi», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 909-915.

Comentario a la sentencia de Casación del 14-4-1993 n. 4409 sobre tutela al tercer adquirente de un bien pignorado. (A.R.G.).

344. DE GIORGI, M. V.: «L'orecchio salvato» (altre vicende di rumori molesti)», NGCC, 1994, núm. 3, mayo-junio, parte prima, pp. 412-415.

Comentario a las sentencias de Cass. 26-8-1993 n. 9005 y del Trib. Monza 14-8-1993, dedicadas a los límites y tolerancias de los ruidos. (A.R.G.).

345. GIVERDON: «L'application du dernier alinéa de l'article 25 de la loi du 10 juillet 1965», LC, 1993, núm. 2 (février), pp. 1-2.

El problema que presenta la aplicación del citado artículo y las posibles soluciones legislativas. (Aranda/Sierra).

346. GIVERDON: «La répartition des charges entraînées par les services spécifiques aux immeubles dits “unités de retraite” ou “résidences de troisième âge”», LC, núm. 4 (abril), pp. 1-2.

Comentario crítico a la sentencia de la corte de casación, sección tercera, de 10 de marzo de 1993. (Aranda/Sierra).

347. GRANDINETTI, O.: «*Sulla irrinunziabilitá alla tutela inhibitoria del diritto morale da autore: cronaca di una violazione reiterata*», Dir. Aut. 1994, núm. 2, abril-junio, pp. 247-257.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 20 de septiembre de 1990 núm. 11.304 en relación con la inescindibilidad entre los derechos morales de autor y la tutela inhibitoria. (A.R.G.).

348. GRIPPIOTTI, G. A.: «*Protezione penale contro i "Computer crimes"*», Dir. Aut. 1994, núm. 2, abril-junio, pp. 231-234.

Apuntes sobre la nueva Ley de 23 de diciembre de 1993 n. 547 relativa a la modificación e integración de las normas del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal en tema de criminalidad informática. (A.R.G.).

349. HERRMANN, E.: «*Die Haftungsvoraussetzungen nach § 1.004 BGB - Neuere Entwicklungen und Lösungsvorshlag*», JUS, 1994, pp. 273-282.

El artículo analiza los presupuestos de la responsabilidad del § 1.004 BGB (posibilidad del propietario de pedir la cesión de la perturbación en su propiedad), los nuevos desarrollos del supuesto y las propuestas de solución planteadas para éstos. (M.P.G.R.).

350. IZZO, N.: «*Sulla contestazione della persistenza dell'incarico di amministratore condominiale e sulla prova della deliberazione di nomina - osservazione a Cass. 24 gennaio 1994, núm. 705 e Trib. Trieste 3 aprile 1993 (ord.)*», GC, 1994, núm. 4 pp. I, 910-911. (R.D.R.).

351. JEOL: «*L'emprise irrégulière d'un ouvrage public: de "l'expropriation de fait" à la procédure légale d'expropriation*», RDS, 1994, núm. 12, pp. 153-155.

Comentario a la sentencia de la corte de casación, asamblea plenaria, de 6 de enero de 1994. (Aranda/Sierra).

352. KESSLER, M.: «*La contrefaçon dans l'industrie automobile*», GP, 1994, núms. 84-85, pp. 28-31.

Aplica la normativa de la propiedad intelectual a la industria del automóvil. Los derechos intelectuales protegidos, las consecuencias económicas de la falsificación y las defensas legales. (Aranda/Sierra).

353. LACHAUD, J.: «*Les pâturages et le droit*», GP, 1994, núms. 63-64, pp. 2-4.

Estudio del derecho a pastar en tierras ajena en tres etapas. La primera la jurisprudencia anterior a la ley de 4 de julio de 1980; la segunda con un estudio de esta ley, y la tercera con las relaciones jurisprudenciales posteriores. (Aranda/Sierra).

354. LALANNE-GOBET, C.: «*Les dessins et modèles industriels*», GP, 1994, núms. 84-85, pp. 17-23.

Estudio de la normativa de la propiedad intelectual desde la perspectiva de los diseños y modelos industriales: su protección y defensa en Derecho francés y en Derecho comunitario. (Aranda/Sierra).

355. LAMOUREUX, G.: «*Le cadre juridique français des marques*», GP, 1994, núms. 84-85, pp. 14-16.

Mención de toda la normativa francesa de la propiedad intelectual, a través de la que el autor trata de fijar la situación a la que se llega tras la promulgación de la ley de 5 de febrero de 1994 sobre falsificación. (Aranda/Sierra).

356. LAMPRE: «*Le champagne ou la parfum de la renommée*», RDS, 1994, núm. 27, pp. 213-216.

Problemas jurídicos sobre la utilización de la palabra «champagne» en distintos productos. (Aranda/Sierra).

357. LEROY ATER IUT: «L'acquêt de communauté supplanté par la règle de l'accessoire?», RDS, 1994, núm. 12, pp. 93-96.

La regla de la accesión en el régimen legal de la comunidad. Hacia un criterio estable de calificación. (Aranda/Sierra).

358. MAUGERI, M. R.: «Disciplina delle immissioni, "tollerabilità industriale" e comparazione fra zone diverse», NGCC, 1994, núm. 2, marzo-abril, parte prima, pp. 283-289.

Comentario a la sentencia de Cass. 1-2-1993 n. 1226 sobre licitud y tolerancia de los ruidos producidos en propiedad privada debido al ejercicio de la industria. (A.R.G.).

359. DELLE MONACHE, S.: «Interversio possesionis dell'inquilino e tutela possesoria del locatore», NGCC, 1994, núm. 3, mayo-junio, parte prima, pp. 385-399.

Comentario a la resolución del Pret. Bassano del Grappa sez. Asiego, ord. 2-6-1993 en materia de posesión. (A.R.G.).

360. MORANDI, F.: «Incrizione della nave nei pubblici registri maritti ed effetti sulla circolazione del bene», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte prima, pp. 73-87.

Comentario a la sentencia de Cass. 26-2-1993, n. 2445. Naturaleza jurídica de la inscripción de la nave en los registros públicos y los efectos normativos consiguientes respecto al régimen legislativo de circulación del bien. (A.R.G.).

361. MÜLLER, F.: «La tutela penal del diritto di noleggio di compact disc», Dir. Aut. 1994, núm. 2, abril-junio, pp. 272-279.

Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Casación de 2 de febrero de 1993. Primer pronunciamiento jurisprudencial que reconoce relevancia jurídica, desde la perspectiva penal, a la actividad consistente en el alquiler abusivo de compact disc. (A.R.G.).

362. NOVIELLO, D.: «Sulla legittimazione del terzo detentore all'opposizione ex art. 615 c.p.c. nell'esecuzione in forma specifica - osservazione a Cass. 17 ottobre 1992, núm. 11.410», GC, 1993, núm. 12, pp. I, 3047-3053. (R.D.R.).

363. NOVIELLO, D.: «Sulla questione della reclamabilità del provvedimento sospensivo dell'efficacia di delibera condominiale - osservazione a Trib. Roma 21 ottobre 1993 (ord.)», GC, 1994, núm. 4, p. I-1112. (R.D.R.).

364. PAPE, K. A.: «Die Bewältigung von Altlasten in der Praxis», NJW, 1994, pp. 409-413.

El trabajo se ocupa de algunos problemas relevantes que plantea en la práctica procesal, civil y penal el renacimiento de cargas antiguas. (M.P.G.R.).

365. PASTORE, S.: «La SIAE e la pirateria fenovideografica e del software», Dir. Aut. 1994, núm. 2, abril-junio, pp. 235-244.

Artículo dedicado al fenómeno de la piratería en el campo del derecho de autor (definición, historia, formas de piratería, efectos de la piratería) y a la actividad de la SIAE en la lucha contra la piratería. (A.R.G.).

366. POJAGHI, A.-RIZZI, A.: «Disciplina delle importazioni di fonogrammi da paesi extracomunitari», Dir. Aut. 1994, núm. 1, enero-marzo, pp. 23-31.

Estudio de la normativa comunitaria en esta materia. Interpretación jurisprudencial del art. 36 del Tratado de la CEE y de la libre circulación de los medios de sonido en el ámbito comunitario. Importaciones de medios de sonido por terceros países. (A.R.G.).

367. REALMENTE, F.: «L'oggetto del pugno: vecchi e nuovi problemi», BBTC, 1994, I, parte prima, pp. 10-22.

Intervención en la convención «Los cincuenta años del Código civil» (Milán 4-6 junio 1992). (C.J.D.).

368. RONZANI, P.L.: «Osservazioni intorno alla natura del diritto goduto dall'Autorità ecclesiastica sulle pertinenze dei beni destinati a fini di culto». DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte prima, pp. 48-55.

Nota a la resolución del Tribunal Administrativo Regional Friuli Venezia Giulia de 16 de enero de 1990. Competencia del juez administrativo para conocer del goce de un bien destinado al culto y del ejercicio de un derecho real por parte de un ente eclesiástico. Profundización en el concepto de «deputatio ad cultum». (A.R.G.).

369. SACCO, R.: «L'occupazione, atto di autonomia», RDC, 1994, núm. 2, parte prima, pp. 343-358.

Estudio sobre la naturaleza jurídica de la figura de la ocupación. La diferenciación entre acto y negocio. Contribución a una doctrina del acto no negocial. Ocupación, apoderamiento, posesión, propiedad, ejercicio del derecho. (R.D.R.).

370. SALLE: «La communauté universelle et la clause de "reprise en nature" des biens tombés dans la communauté (à propos de l'arrêt de la 1re chambre civile de la Cour de cassation du 16 juin 1992)», RDS, 1994, núm. 4, pp. 34-36. (Aranda/Sierra).

371. DEL SARTO, R.: «Efficacia del decreto di trasferimento nei confronti dei terzi - nota a Cass. 10 novembre 1993, n. 11090», GC, 1994, núm. 6, pp. I, 1594-1595. (R.D.R.).

372. SAVINI, A.: «Gli autori tra pubblicitá occulta ed ingannevole». Dir. Aut. 1994, núm. I, enero-marzo, pp. 32-44.

Conferencia desarrollada por el autor en el Convenio de Perugia en la Universidad de los Estudios de Perugia, abril de 1993, sobre el tema «Derecho de autor: nuevas realidades y perspectivas profesionales». (A.R.G.).

373. SAVINI, A.: «Titolo di rubrica televisiva e inibitoria cautelare». Dir. Aut. 1994, núm. 1, enero-marzo, pp. 112-115.

Comentario a la resolución della Pretura de Roma de 7 de abril de 1993 en materia de título de rúbrica televisiva y prohibición cautelar del uso del título. (A.R.G.).

374. SCHWARZE, J.: «Der Schutz nationalen Kulturguts im europäischen Binnenmarkt», JZ, 1994, pp. 111-117.

La protección de los bienes culturales en el mercado interior europeo. (M.P.G.R.).

375. SESTAN, T.: «Brevi note in tema di distanza delle costruzioni dalle vedute dirette -nota a Cass. 9 febbraio 1993, n. 1598», GC, 1994, núm. 4, pp. I, 1091-1094. (R.D.R.).

376. STÜRNER, R.: «Dienstbarkeit heute», ACP, 1994, pp. 265 a 294.

El autor estudia los problemas fundamentales que actualmente plantea el tema de la servidumbre en un sistema dominado por la tipicidad en la formulación de las situaciones jurídico-reales; a la vez se ofrece un panorama comparativo, por la trascendencia que para el Mercado europeo representan las limitaciones del dominio. (I.G.P.).

377. DE TILLA, M.: «Attribuzioni e rappresentanza dell'amministratore del condominio», GC, 1994, núm. 3, pp. II, 133-153.

Artículo que versa sobre los poderes y atribuciones del administrador del condominio y su legitimidad procesal. (R.D.R.).

378. DE TILLA, M.: «*Sulla trasformazione di fatto del regolamento interno in regolamento contrattuale - nota a Cass. 3 luglio 1993, n. 7297*», GC, núm. 4, pp. I, 1053-1055. (R.D.R.).

379. DE TILLA, M.: «*Nel condominio il solaio è bene comune o esclusivo? - nota a Cass. 26 marzo 1993, n. 3542*», GC, 1994, núm. 6, pp. I, 1656-1660. (R.D.R.).

380. DE TILLA, M.: «*Disciplina applicabile in relazione al migliore godimento del bene comune ed all'esercizio della servitù in un edificio condominiale - nota a Cass. 1 de dicembre 1992, n. 12833*», GC, 1993, núm. 12, pp. I, 3042-3046. (R.D.R.).

381. DE TILLA, M.: «*Sulle azioni possessorie in materia di godimento di cosa comune nel condominio - nota a Cass. 11 de marzo 1993, n. 2947*», GC, 1993, núm. 12, pp. I, 3005-3012. (R.D.R.).

382. TILMANN, W.: «*Das neue Markenrecht und die Herkunftsfunktion*», ZHR, 158 (1994), pp. 371-389.

A principios de 1995 entrará en vigor la nueva Ley alemana de protección de marcas y signos distintivos («Markengesetz»), en cumplimiento de la Directiva comunitaria de 12-12-1988. El autor estudia la nueva ley, su ámbito de aplicación y el impacto que tendrá sobre la situación actual. (I.G.P.).

383. TOPORKOFF, M.: «*Relevé de jurisprudence récente en matière d'imitation d'emballages de produits de grande consommation*», GP, 1994, núms. 194-195, pp. 2-4.

Comentario a varias sentencias sobre este tema. (Aranda/Sierra).

384. TRIOLA, R.: «*La nota di traserizione*». NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte segunda, pp. 56-62.

Examen exhaustivo de diversas cuestiones relacionadas con la inscripción (inscripción en el asiento de datos no contenidos en el título, contenido del asiento y oponibilidad a terceros, inscripción del reglamento de propiedad horizontal, inscripción de demanda judicial, necesidad de la mención de condiciones en el asiento cara a terceros, inscripción de actos relativos a bienes inmuebles heredados...) (A.R.G.).

385. TRIOLA, R.: «*Due questioni in tema di nomina e revoca dell'amministratore del condominio - osservazione a Cass. 12 febbraio 1993, n. 1791 e 5 febbraio 1993, n. 1445, con Postilla di F.B.*», GC, 1994, núm. 1, p. I-227. (R.D.R.).

386. TRIOLA, R.: «*La trascrizione delle limitazioni alle proprietà individuali previste nel regolamento di condominio - nota a Cass. 17 marzo 1994, n. 2546*», GC, 1994, núm. 6, pp. I, 1483-1484. (R.D.R.).

387. UBERTAZZI, L. C.: «*La legge svizzera del 1992 su diritto d'autore*». Dir. Aut. 1994, núm. I, enero-marzo, pp. 45-52.

Examen de ciertos aspectos de la Ley Federal de 1992 en relación al derecho de autor, derechos conexos y sociedades colectivas relativas a ambos tipos de derechos. (A.R.G.).

388. VACCARELLA, R.: «*Azioni possessorie e nuovo processo cautelare*», GC, 1994, núm. 4, pp. II, 221-232.

Reflexión en torno a los medios procesales de tutela posesoria. La sumarización del proceso. (R.D.R.).

389. VARADY, P.: «*Brevets et contrefaçon dans l'industrie pharmaceutique*», GP, 1994, núms. 84-85, pp. 24-26.

Aplicación de la normativa sobre propiedad intelectual e industrial al mundo de la industria farmacéutica. El desarrollo de innovaciones, las evoluciones continuadas concurrentes y las falsificaciones o plagios. (Aranda/Sierra).

390. VARLARO-SINISI, A.: «*In tema di occupazione appropriativa: storia e logica di un modo di acquisto atipico della proprietà da parte della p.a., funzionalmente collegato alla realizzazione di un'opera di pubblico interesse*» nota a C. cost. 16 dicembre 1993, n. 442», GC, 1994, núm. 4, pp. I, 871-887. (R.D.R.).

391. VIGNERON: «*Copropriété*», LC, 1993, núm. 2, pp. 8-10.

Anotaciones a sentencias relativas a la división de la comunidad y las acciones colectivas de los comuneros. (Aranda/Sierra).

392. VIGNERON: «*Copropriété*», LC, 1993, núm. 3 (mars), pp. 11-14.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad. Cargas comunes y su reparto; limitación en la asamblea. (Aranda/Sierra).

393. VIGNERON: «*La clause dite d'aggravation des charges et son efficacité*», LC, 1993, núm. 3 (mars), pp. 1-2.

Todos los copropietarios han de soportar las cargas sobre la gestión del inmueble según el artículo 10 de la ley de 10 de julio de 1965. (Aranda/Sierra).

394. VIGNERON: «*Copropriété*», LC, 1993, núm. 4 (avril), pp. 13-16.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Partes comunes. Servidumbre y acciones colectivas de la comunidad. (Aranda/Sierra).

395. VIGNERON: «*Copropriété*», LC, 1993, núm. 5 (mai), pp. 11-14.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Poderes del comunero. Acciones colectivas de la comunidad. (Aranda/Sierra).

396. VIGNERON: «*Copropriété*», LC, 1993, núm. 6 (juin), pp. 11-14.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Cargas comunes, decisiones de la asamblea y prórroga de los mandatos por la comunidad. (Aranda/Sierra).

397. VIGNERON: «*Copropriété*», LC, 1993, núm. 7 (juillet), pp. 10-12.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Diferencia entre grupo de inmuebles y conjunto inmobiliario: división de la comunidad y decisiones de la asamblea. (Aranda/Sierra).

398. VIGNERON: «*Copropriété*», LC, 1993, núm. 8-9 (août-septembre), pp. 11-13.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Derechos de los comuneros sobre las partes privativas; partes comunes y cargas comunes. (Aranda/Sierra).

399. VIGNERON: «*Antennes collectives et raccordement à un réseau câblé*», LC, 1993, núm. 9 (août-septembre), pag. 1. (Aranda/Sierra).

400. VIGNERON: «*Copropriété*», LC, 1993, núm. 10 (octobre), pp. 13-16.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Elección de presidente: condiciones de validez de una segunda decisión y obligaciones de los comuneros. (Aranda/Sierra).

401. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1993, núm. 11 (novembre), pp. 11-14.

Notas a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Derecho al voto del comunero y el abuso de derecho por parte de la mayoría; libre acceso a las partes privativas. (Aranda/Sierra).

402. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1993, núm. 12 (décembre), pp. 10-12.

Notas a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Partes privativas; regulación de la copropiedad. (Aranda/Sierra).

403. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1994, núm. 1 (janvier), pp. 10-14.

Notas a sentencias relativas a la comunidad de bienes, concretamente referentes a las cargas comunes; poderes de la asamblea general y aplicación del mandato apparente de un comunero. (Aranda/Sierra).

404. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1994, núm. 2 (février), pp. 14-17.

Notas a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Ámbito de aplicación del estatuto ante un conjunto inmobiliario, la asamblea general y las obligaciones de los comuneros. Acción colectiva de la comunidad. (Aranda/Sierra).

405. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1994, núm. 3 (mars), pp. 10-14.

Notas a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Elementos constitutivos de la copropiedad. Cargas comunes. (Aranda/Sierra).

406. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1994, núm. 4 (avril), pp. 11-13.

Notas a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Las decisiones de la asamblea y el abuso de la mayoría; trabajos de ciertos copropietarios sin autorización: plazo para su demolición. (Aranda/Sierra).

407. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1994, núm. 5 (mai) pp. 11-15.

Notas a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Partes comunes. Misión de los síndicos y su relación con los terceros. (Aranda/Sierra).

408. VIGNERON: «Domainalité publique et copropriété», LC, 1994, núm. 5 (mai), p. 1.

Inmuebles de dominio público. Estudio de la sentencia del Consejo de Estado de 11 de febrero de 1994. (Aranda/Sierra).

409. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1994, núm. 6 (juin), pp. 14-17.

Notas a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Responsabilidad de los copropietarios y abuso de derecho. La asamblea y su representación. (Aranda/Sierra).

410. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1994, núm. 7 (juillet), pp. 11-14.

Notas a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Responsabilidad de los copropietarios y abuso de derecho. La asamblea y su representación. (Aranda/Sierra).

411. VILMART: «La repression de la contrefaçon. Les nouveaux moyens juridiques de protection des droits de propriété intellectuelle en France et dans la Communauté», GP, 1994, núm. 259-260, pp. 2-7.

La protección de la propiedad intelectual desde el campo penal en la nueva legislación francesa y en la propuesta de reglamento del Consejo Europeo. (Aranda/Sierra).

412. ZENATI, F.: «Propriété et droits réels», RTDC, 1994, núm. 1 (enero-marzo), pp. 132-138.

Comentarios breves a diversas sentencias del Tribunal de casación francés en materia de propiedad y derechos reales. (Aranda/Sierra).

413. ZENATI, F.: «Propriété et droits réels», RTDC, 1994, núm. 2, pp. 381-390.

Comentarios breves a diversas sentencias del Tribunal de casación francés en materia de propiedad y derechos reales. (Aranda/Sierra).

6. DERECHO DE FAMILIA

414. ADAMI, G.: «Sull'intervento del Pubblico Ministero nella fase presidenziale del procedimento di separazione dei coniugi», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte segunda, pp. 359-362.

Dudas doctrinales respecto a la intervención de tal órgano en la fase presidencial del procedimiento de separación personal. Obligación de dicha intervención en la fase de instrucción. (A.R.G.).

415. ARNDT, H. W./SCHUMACHER, A.: «Unterhaltslast und Einkommensteuerrecht», NJW, 1994, pp. 961-965.

La jurisprudencia de los últimos cuarenta años del Tribunal Constitucional alemán sobre los límites constitucionales que se ponen al legislador en nuestra Constitución para la elaboración de las normas del impuesto sobre la renta estaba casi exclusivamente apoyada en los arts. 3.I y 6.I de la Grundgesetz. En este ámbito, otros derechos fundamentales carecerían prácticamente de relevancia. La nueva jurisprudencia sobre la consideración de las cargas por alimentos eleva por primera vez otros derechos fundamentales a la consideración de relevantes para la decisión. El presente trabajo clarifica estas decisiones y organiza un análisis comparativo que también debe hacer posible un mejor entendimiento de la futura jurisprudencia. (M.P.G.R.).

416. BARBIERA, L.: «I divergenti trattamenti pensionistici di reversibilità del coniuge in presenza di crisi del matrimonio: esigenza di una razionalizzazione», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte segunda, pp. 304-315.

Análisis de diversas cuestiones en relación a los derechos del cónyuge supérstite a la obtención de una pensión en el caso de crisis matrimonial seguida de un procedimiento de separación personal o divorcio. Evolución de la legislación a tal efecto. Fundamento de la atribución de la pensión en la jurisprudencia constitucional. Privación de la pensión al cónyuge separado por culpa. (A.R.G.).

417. BENABENT: «Prêt de logement à un couple qui divorce ensuite: arrêts contradictoires», RDS, 1994, núm. 18, pp. 248-250.

Comentario a las sentencias de la corte de casación civil, sección primera, de 3 de febrero y de 8 de diciembre de 1993. (Aranda/Sierra).

418. BERNARDINI, M.: «Una convenzione patrimoniale nell'ambito della c.d. famiglia di fatto: il comodato vita natural durante», NGCC, 1994, núm. 3, mayo-junio, parte prima, pp. 341-351.

Comentario a la sentencia de Cass. 8-6-1993, n. 6381 sobre régimen patrimonial de la familia de hecho, modelado en sede de autonomía privada. (A.R.G.).

419. BITETTI, R.: «Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interessi del minore», NGCC, 1994, núm. 2, abril-marzo, parte prima, pp. 178-183.

Comentario a App. Salerno, sez. min., decr. 25-2-1992 en materia de procreación artificial y acuerdos relativos a ésta. (A.R.G.).

420. BONAMORE, D.: «L'adozione speciale deve essere "speciale" (legittimazione per "un solo adottante", art. 6 l. 22 maggio 1974, n. 357) - nota a App. Roma 25 settembre 1993 (ord.) e Trib. min. Roma 24 marzo 1993 (decr.)», GC, 1994, núm. 1, pp. I, 247-262. (R.D.R.).

421. BONGIORNO, G.-ZIINO, S.: «Note sulla competenza a disporre il sequestro ex art. 156 c.c. dopo la legge n. 353/90», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte prima, pp. 217-229.

Comentario a la resolución del Tribunal de Catania de 23 de abril de 1993. Polémica sobre la naturaleza jurídica del secuestro previsto en el art. 156.6 del Código Civil introducido por la Ley de 19 de mayo de 1975 n. 151 cuyo objeto es la tutela de los créditos del cónyuge separado. (A.R.G.).

422. BOULANGER: «La mise à l'écart de la Convention de La Haye de 1961 sur la protection des mineurs», RDS, 1994, núm. 1, pp. 11-13.

Notas a la sentencia de casación penal de 4 de noviembre de 1992. (Aranda/Sierra).

423. BRANDEAU: «Vers un triple régime de la garde à vue des mineurs», GP, 1994, núms. 238-242, pp. 2-3.

Separación entre los distintos regímenes aplicables a los menores según tengan menos de 13 años, entre 13 y 16 años y más de 16 años. (Aranda/Sierra).

424. BUCCI, O.: «La genesi e la formazione della struttura giuridica del matrimonio cristiano», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte segunda, pp. 316-358.

Necesidad de un estudio del instituto jurídico del matrimonio cristiano, en especial a partir de determinada opinión doctrinal que culpabiliza a la originaria Iglesia Cristiana de no dar vida a una formulación propia del instituto jurídico del matrimonio. Este artículo contribuye a la búsqueda de la definición de la relación jurídico-matrimonial de la Iglesia. (A.R.G.).

425. CABRILLAC: «Clientèles civiles, régime matrimonial légal et indivision», RDS, 1994, núm. 22, pp. 311-315.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 12 de enero de 1994. (Aranda/Sierra).

426. CARAVAGLIO, R.: «Rilevanza esterna del regime primario della famiglia e responsabilità solidale dei coniugi», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte prima, pp. 29-36.

Comentario a la sentencia de Cass. 25-7-1992 n. 8995 en relación a la relevancia interna o externa de la obligación de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares. (A.R.G.).

427. CAVALLO, L.: «Sulla violazione del dovere di fedeltà coniugale e sulle conseguenze in tema di addebitabilità della separazione - nota a Cass. 30 gennaio 1992, n. 961», GC, 1993, núm. 12, pp. I, 3078-3083. (R.D.R.).

428. DI CHIARA, G.: «“Patteggiamenti” e inidoneità extrapenal: richiami a margine», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte prima, pp. 122-128.

Comentario a la resolución de la Corte de Casación de 24 de abril de 1993 n. 4837 en materia de separación conyugal. (A.R.G.).

429. COHEN-LANG: «De la prestation compensatoire à l'autorité parentale commune ou solus consensus obligat», GP, 1994, núms. 70-71, pp. 6-9.

La prestación compensatoria es la piedra angular de la reforma del divorcio según la ley de 11 de julio de 1975, pero esta prestación tiene distinta naturaleza y consecuencias según se trate de un divorcio por culpa o de un divorcio por mutuo acuerdo. Se acerca también a las consecuencias del consenso en las relaciones padres-hijos. Finalmente comenta la ley de 8 de enero de 1993 a la que califica de infamia inacabada. (Aranda/Sierra).

430. COPPER-ROYER, J.: «Les droits de l'époux dans la communauté ne sont plus protégés depuis l'entrée en vigueur de la loi núm. 91-650 du 9 juillet

1991 et du décret nûm. 92-755 du 31 juillet 1992», GP, 1994, nûms. 70-71, pp. 4-5.

A través del estudio de estas normas el autor hace ver la existencia de una laguna legal en la nueva ley que pone en relación con el artículo 257 del Código civil francés. (Aranda/Sierra).

431. CUBEDDU, M. G.: «Annnullamento del matrimonio e autonomia ne-goziale», NGCC, 1993, nûm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 950-963.

Comentario a la resolución de casación civil de 13-1-1993 n. 34879 respecto al ámbito y límites de la validez de los acuerdos estipulados entre cónyuges a la vista de una futura ruptura de su vínculo. (A.R.G.).

432. DAGORGNE-LABBE: «Le caractère indisponible du montant minimum de l'allocation aux adultes handicapés auquel a droit l'allocataire hospitalisé astreint au versement du forfait journalier», RDS, 1994, nûm. 4, pp. 43-44.

Nota a la sentencia de la corte de casación social de 18 de febrero de 1993. (Aranda/Sierra).

433. DELMAS SAINT-HILAIRE: «Divorce et prestation compensatoire en usufruit», RDS, 1994, nûm. 29, pp. 409-413.

Nota a casación civil, sección primera, de 13 de octubre de 1993, sobre aplicación del art. 815-5 párrafo 2 del Código civil. (Aranda/Sierra).

434. DOGLIOTTI, M.: «Regimen patrimoniale della famiglia», RDC, 1994, nûm. 2, parte seconda, pp. 129-137.

Exposición de los diferentes regímenes económicos de la familia en el Derecho italiano: Objeto, administración, responsabilidad, disolución, publicidad. (R.D.R.).

435. ESPESSON: «La nature de la réparation en cas de divorce pour faute (article 266 du code civil)», RDS, 1994, nûm. 8, pp. 97-101.

Comentario a la sentencia de la corte de casación civil, sala 2^a, de 27 de enero de 1993.

436. FINOCCHIARO, M.: «Note in tema di giurisdizione ecclesiastica sulla validità del matrimonio concordatario - osservazione a C. cost. 1 dicembre 1993, n. 421», GC, 1994, nûm. 3, pp. I, 605-606. (R.D.R.).

437. FINOCCHIARO, F.: «Il concorso di giurisdizioni sul matrimonio c.d. concordatario secondo la Corte costituzionale - nota a C. cost. 1 dicembre 1993, n. 421», GC, 1994, nûm. 3, pp. I, 606-609. (R.D.R.).

438. FRANCO, F. F.: «Il problema della differenza di età massima tra adottante ed adottato e la sua non contrarietà all'ordine pubblico - nota a Cass. 1 aprile 1993, n. 3907», GC, nûm. 4, pp. I, 1080-1083. (R.D.R.).

439. GIRON: «Prestation compensatoire et pension alimentaire face à la réalité du divorce», RDS, 1994, nûm. 33, pp. 262-266.

Problemas que presenta la regulación de estas prestaciones en el Código civil francés. Fusión de ambos conceptos debido a la realidad económica. (Aranda/Sierra).

440. GIUSSANI, A.: «Il regolamento di giurisdizione nelle controversie in tema di affidamento della prole», NGCC, 1994, nûm. 2, marzo-abril, parte prima, pp. 264-266.

Comentario a la resolución Cass. 25-5-93 n. 5847 en materia de patria potestad. (A.R.G.).

441. GOBERT: «*Apocalypse? No. Procréations médicalement assistées et droit de la famille*», GP, 1994, núms. 112-113, pp. 2-4.

El status de la pareja. La filiación y la paternidad. (Aranda/Sierra).

442. GORGONI, M.: «*Fecondazione artificiale eterologa e rapporti parentali - nota a Trib. Cremona 17 febbraio 1994*», GC, 1994, núm. 6, pp. I, 1690-1697. (R.D.R.).

443. GOSSO, P.: «*L'adozione internazionale secondo la Corte di Cassazione*», DFP, 1994, núm. I, enero-marzo, parte prima, pp. 116-122.

Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 1 de abril de 1993 n. 3907 sobre la validez en el ordenamiento italiano de procedimientos de adopción de menores pronunciados por autoridad judicial extranjera en relación al requisito de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado. (A.R.G.).

444. GRANET: «*L'établissement judiciaire de la filiation depuis la loi nûm. 93-22 du 8 janvier 1993*», RDS, 1994, núm. 3, pp. 21-27.

El autor separa la filiación de un niño respecto a su padre y respecto a su madre. (Aranda/Sierra).

445. HOCHART: «*La valeur et l'effet en droit français du mariage célébré selon la coutume musulmane*», RDS, 1994, núm. 19, pp. 272-276.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de París de 8 de diciembre de 1992. (Aranda/Sierra).

446. HOURS: «*Tutelle, testament et adoption. Ou comment concrétiser juridiquement les liens affectifs existant entre un beau-parent et un mineur dont les parents biologiques sont décédés*», GP, 1994, núms. 149-151, pp. 10-12.

Se plantea la organización de una tutela y las soluciones alternativas. (Aranda/Sierra).

447. HUYETTE: «*La compétence du juge des enfants en matière de droit de visite et d'hébergement après divorce*», RDS, 1994, núm. 20, pp. 278-280.

Comentario a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 26 de enero de 1994. (Aranda/Sierra).

448. KORNEXL, TH.: «*Zur Anwendbarkeit des § 1374 II BGB bei Schenkungen unter Ehegatten*», NJW, 1994, pp. 622-625.

No son infrecuentes entre los cónyuges los regalos que a veces pueden llegar a tener un importante valor económico. Cuando más tarde se produce la liquidación del régimen económico matrimonial a causa del divorcio de los cónyuges, el trato que se ha de dar a estos regalos precedentes puede plantear algunos problemas. Para los dos interesados, los concretos efectos patrimoniales, sobre todo en los regalos de gran valor, pueden diferir de modo notable según las diferentes opiniones. (M.P.G.R.).

449. LACROCE, L.: «*La rilevanza del giudicato penale nel processo civile di nullità della trascrizione del "matrimonio concordatario" - nota a Cass., sez. un., 8 luglio 1993, n. 7482*», GC, 1994, núm. 2, pp. I, 431-436. (R.D.R.).

450. LAROCHE/GISSEROT: «*Le crépuscule des mariages naturalisants: lois du 22 juillet, 24 août et 30 décembre 1993*», GP, 1994, núms. 133-137, pp. 2-7.

Los mecanismos preventivos: las disposiciones tendentes a impedir las celebraciones de matrimonios sospechosos. Modificación de los efectos del matrimonio por el cónyuge extranjero. La sanción «a posteriori». (Aranda/Sierra).

451. LE GUIDE: «Sur les présomptions conventionnelles de propriété dans le régime de séparation de biens», RDS, 1994, núm. 4, pp. 42-43.

«Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 30 de junio de 1993. (Aranda/Sierra).

452. LIEBELT, K. G.: «Praktische Probleme des Steuerrechts bei Trennung und Scheidung von Ehegatten», NJW, 1994, pp. 609-616.

Problemas prácticos de Derecho fiscal en caso de separación o divorcio de los cónyuges. (M.P.G.R.).

453. LILLO, P.: «Alcune riflessioni intorno alle competenze giurisdizionali sul matrimonio "concordatario" in Italia», ARCHIV.GIUR., 1994, I, pp. 65-79.

Comunicación presentada en el VIII Congreso Internacional de Derecho Canónico sobre «Iglesia y Estado en los sistemas jurídicos contemporáneos» (Polonia, 14-19 sept. 93). (C.J.D.).

454. MAGGIOLO, M.: «Dichiarazione giudiciale di paternità naturale e "elemento di responsabilità"», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 933-939.

Comentario a la sentencia de casación de 18-11-1992 n. 12350 en materia de filiación. (A.R.G.).

455. MASSIP: «L'evolution de la position de la Cour de cassation sur la question de la contrariété à l'ordre public international des lois qui prohibent l'établissement de la filiation», RDS, 1994, núm. 6, pp. 66-68.

Nota a la sentencia de casación civil, sala 1.^a, de 10 de febrero de 1993. (Aranda/Sierra).

456. MASSIP: «La révocation des donations et avantages matrimoniaux en cas de divorce par consentement mutuel», RDS, 1994, núm. 13, pp. 165.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 16 de junio de 1993. (Aranda/Sierra).

457. MASSIP: «De la nécessité d'un acte authentique ou d'une possession d'état continue pour établir la filiation naturelle», RDS, 1994, núm. 24, pp. 346-347.

Nota a la sentencia de casación civil, sección primera, de 24 de marzo de 1993. (Aranda/Sierra).

458. MASSIP: «Le juge peut-il refuser une expertise biologique qui lui est demandé dans un procès de filiation?», RDS, 1994, núm. 32, pp. 449-450.

Comentario a la sentencia de casación civil, sección primera, de 12 de enero de 1994. (Aranda/Sierra).

459. MÜNDER, J.: «Zum Übergang von Unterhaltsansprüchen im Sozialhilferecht», NJW, 1994, pp. 494-497.

Hacia el paso del derecho de alimentos al derecho de la Seguridad Social. (M.P.G.R.).

460. NAPPI, G. B.: «Riflessioni sull'art. 333 c.c.», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte prima, pp. 206-217.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Menores de Trento de 18 de febrero de 1993 respecto a la posible entrega de la custodia de los hijos a los abuelos (maternos o paternos) por conflictos perjudiciales para los hijos en el proceso de separación personal de los cónyuges. (A.R.G.).

461. QUADRI, E.: «Attribuzione della pensione di reversibilitá al divorziato e giurisdizione nelle relative controversie», NGCC, 1994, núm. 1, parte prima, pp. 65-68.

Comentario a la sentencia de Cass. 13-5-93 n. 5429 respecto a crisis conyugal y pensiones. (A.R.G.).

462. QUADRI, E.: «Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di regolamentazione», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte seconda, pp. 288-303.

Texto sintético sobre la intervención del autor en el XXXIII Congreso Nacional del Notariado respecto al tema «La familia de hecho y las relaciones patrimoniales entre sus miembros», celebrado en Nápoles los días 29 de septiembre a 2 de octubre de 1993. (A.R.G.).

463. RIMINI, C.: «L'assegnazione della casa coniugale quale attuazione dell'obbligo di mantenimento», NGCC, 1994, núm. 2, marzo-abril, parte prima, pp. 244-251.

Comentario a la resolución del Trib. Milano 25-3-1993 y a la ord. 15-3-1991, cuyo objeto es la adjudicación de la vivienda familiar en la hipótesis de separación de los cónyuges. (A.R.G.).

464. RIMINI, C.: «Il problema della validitá dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 963-968.

Anotación a la sentencia de casación de 13-1-1993 n. 348 respecto a los límites de la autonomía negocial sobre los derechos de un cónyuge frente al otro tras la cesación del vínculo conyugal. (A.R.G.).

465. RUELLAN: «Un constat d'adultére doit-il être inclus dans les dépenses afferent à une instance de divorce?», RDS, 1994, núm. 30, pp. 427-428.

Nota a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Alberville de 17 de febrero de 1994. (Aranda/Sierra).

466. SALA, M.: «Accordi di separazione non omologati: un importante riconoscimento dell'autonomia negoziale dei coniugi - nota a Cass. 24 febbraio 1993, n. 2270», GC, 1994, núm. 1, pp. I, 216-221. (R.D.R.).

467. SAMBUELLI, L.: «Considerazioni su "Birth Power. The Case for Surrogacy" di Carmel Shalev», RDC, 1994, núm. 3, parte prima, pp. 533-543.

Breves consideraciones, a partir de la obra de Carmel Shalev, en torno a la polémica que suscita el tema de la inseminación artificial y las llamadas «madres de alquiler». (R.D.R.).

468. SIEDHOFF, E.: «Probleme im Spannungsfeld zwischen Elternrecht und Kindeswohl im Rahmen des § 1632 IV BGB», NJW, 1994, pp. 616-622.

Problemas entre el derecho de los padres y el bienestar de los hijos en el marco del § 1362 IV del BGB.

El artículo aborda un campo de problemas que está entre los más difíciles de los que puede afrontar un juez. En el punto medio de la crítica se sitúa una decisión del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) de enero de 1988. (M.P.G.R.).

469. SOLDANO, M.: «Disconoscimento di paternità in caso di inseminazione artificiale eterologa consentita dal marito - nota alla stessa sentenza Trib. Cremona 17 febbraio 1994», GC, 1994, núm. 6, pp. I, 1697-1700. (R.D.R.).

470. STAGLIANO, R.: «*In materia di obbligazioni contratte individualmente per i bisogni della famiglia: è già solidarietà?*», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte prima, pp. 79-103.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 25 de julio de 1992 n. 8995. Problema relativo a si el cónyuge que contrae una deuda de forma individual pero en interés de la familia debe responder él únicamente, o si en virtud de la naturaleza familiar del interés aparece justificada una extensión de la responsabilidad patrimonial al cónyuge no contrayente. (A.R.G.).

471. STORCK: «*Le titre ou la finance? Le droit de propriété dans les régimes de séparation de biens*», RDS, 1994, núm. 8, pp. 61-64.

El autor estudia dos supuestos: el establecimiento del derecho de propiedad por un título y la financiación de la adquisición de la propiedad. (Aranda/Sierra).

472. TASSONI, G.: «*Comunione tacita familiare e tutela del lavoro svolto all'interno della famiglia*», DFP, 1994, núm. 1, enero-marzo, parte prima, pp. 65-79.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 29 de mayo de 1992 n. 6531. Requisitos de la existencia de la comunión tácita familiar y aplicación de las reglas sobre comunión tácita familiar a cónyuges cuyo matrimonio está privado de efectos ab origine. (A.R.G.).

473. THIERRY: «*Le tribunal n'est pas enu de recueillir l'avis des enfants sur le changement de régime matrimonial de leurs parents, même s'il s'agit d'enfants du premier lit, leur accord n'étant pas requis*», RDS, 1994, núm. 24, pp. 342-346.

Nota a la sentencia de casación civil, sección primera, de 24 de noviembre de 1993. (Aranda/Sierra).

474. VAREILLE, B.: «*Régimes matrimoniaux*», RTDC, 1994, núm. 2, pp. 403-410.

Notas a diversas sentencias de la corte de casación francesa en materia de regímenes matrimoniales. (Aranda/Sierra).

7. DERECHO DE SUCESIONES

475. BASINI, G. F.: «*Responsabilitá per l'adempimiento del modo testamentario nel caso d'ereditá accettata con beneficio d'inventario*», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 1025-1034.

Comentario a la sentencia de Casación Civil de 29-4-1993 n. 5067 en materia de sucesiones. (A.R.G.).

476. BERRY: «*A propos de la date du testament olographe*», RDS, 1994, núm. 22, pp. 315-318.

Nota a la sentencia de casación civil, sección primera, de 9 de noviembre de 1993. (Aranda/Sierra).

477. CHINDEMI, D.: «*“Petitio hereditatis” e desconoscimento del testamento oolografo*», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte primera, pp. 1018-1024.

Anotaciones a la sentencia de Casación Civil de 5-11-1992 n. 11979 respecto a la interposición de querella de falsedad por parte del heredero legítimo que desconoce la autenticidad del testamento. (A.R.G.).

478. CIAVATTONE, S.: «*Trasmisibilità del diritto di prelazione - nota a Cass. 11 maggio 1993, n. 5374*», GC, 1994, núm. 5, pp. I, 1371-1373. (R.D.R.).

479. HENRY: «Le régime de l'acte de notoriété selon la jurisprudence récente», RTDC, 1994, núm. 1 (enero-marzo), pp. 11-48.

Análisis jurisprudencial en materia testamentaria. (Aranda/Sierra).

480. IUDICA, G.: «Ancora sulla trasmissibilità del diritto di prelazione ereditaria», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 901-909.

Nota a la sentencia de casación de 11-5-1993 n. 5374 en materia de sucesiones. (A.R.G.).

481. JUNG, Christian: «Die Testamentsanfechtung wegen "Übergehens" eines Pflichtteilsberechtigten», ACP, 1994, pp. 42 a 81.

La preterición no intencional de un legitimario, así como sus consecuencias, se contemplan en el parágrafo 2079 BGB. El preterido está facultado para impugnar el testamento, facultad que el autor basa en una presunción legal de error determinante del contenido testamentario. El estudio se centra en el propio concepto de preterición y las consecuencias de la impugnación por esta causa. (I.G.P.).

482. KOLLHOSSEN, Helmut: «Aktuelle Fragen der vorweggenommenen Erbfolge», ACP, 1994, pp. 231-264.

La expresión «vorweggenommener Erbfolge» hace referencia a los supuestos de transmisión *inter vivos* de bienes a quienes serían sus destinatarios a la muerte del disponente, como herederos legales o testamentarios. Los cauces negociales a través de los cuales se alcanza esta finalidad son variados; el autor expone varios supuestos, deteniéndose sobre todo en la donación, y describiendo la situación de todos los interesados y la protección que les brinda el Ordenamiento, según el cauce elegido. (I.G.P.).

483. LANCIN, B.: «Pour une réforme du droit international privé des successions», GP, 1994, núms. 212-214, pp. 5-9.

El autor hace una apreciación crítica de la solución francesa tradicional, separando la sucesión de bienes muebles de la sucesión de inmuebles. (Aranda/Sierra).

484. MAGNI, F. A.: «Sull'accettazione e rinunzia dell'ufficio di esecutore testamentario», NGCC, 1994, núm. 2, marzo-abril, parte prima, pp. 292-295.

Comentario a la resolución Cass. 27-4-93 n. 4930 sobre sucesión testamentaria. (A.R.G.).

485. MAGNI, F. A.: «In tema di disposizioni testamentarie rimesse all'arbitrio del terzo», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte prima, pp. 160-163.

Comentario a la resolución de Cass. 13-3-1993 n. 3082 en relación con el tema de la sucesión hereditaria. (A.R.G.).

486. DI MAURO, N.: «Considerazioni in tema di sostituzione fedecommissaria - nota a Cass. 3 febbraio 1993, n. 1320», GC, 1994, núm. 2, pp. I, 500-501. (R.D.R.).

487. DI MAURO, N.: «Legato di usufrutto generale con facoltà di vendita e fedecomesso di residuo - osservazione a Cass. 20 febbraio 1993, n. 2088», GC, 1994, núm. 1, p. I-224. (R.D.R.).

488. MORENA, E.: «Ancora sull'accettazione beneficiata - nota a Cass. 5 ottobre 1993, n. 9842», GC, 1994, núm. 5, pp. I, 1305-1309. (R.D.R.).

489. NARDOZZA, M.: «Idee vecchie e nuove sul modus testamentario - nota a Trib. Terni 28 novembre 1993», GC, 1994, núm. 6, pp. I, 1703-1710. (R.D.R.).

490. PATARIN: «Successions et libéralités», RTDC, 1994, núm. 1 (enero-marzo), pp. 142-152.

Comentario a diversas sentencias de la corte de casación francesa en materia de sucesiones y donaciones. (Aranda/Sierra).

491. PATARIN: «*Successions et libéralités*», RTDC, 1994, núm. 2, pp. 391-402.

Comentario a diversas sentencias de la corte de casación francesa en materia de sucesiones y donaciones. (Aranda/Sierra).

492. REGINE, F.: «*Chiamati ulteriori ed accettazione dell'ereditá*», NGCC, 1994, núm. 3, mayo-junio, parte prima, pp. 438-442.

Comentario a la sentencia de Cass. 16-8-93 n. 8737 en materia de aceptación de herencia. (A.R.G.).

493. SCHLESINGER, P.: «*Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*», RDC, 1994, núm. 3, parte prima, pp. 447-451.

Acercamiento al problema de la sucesión *mortis causa* en la titularidad de una empresa y el mantenimiento de su unidad. (R.D.R.).

8. VARIAS

494. ALPA, G.: «*Discrezionalità e arbitrio dell'interprete. "Natura" dell'atto. "Circostanze" del caso*», NGCC, 1994, núm. 2, marzo-abril, parte segunda, pp. 143-159. (A.R.G.).

495. AMATO, S.: «*Deontologia dell'avvocato e difesa del diritto*», ARCHIV.GIUR., 1994, I, pp. 81-109.

Debate entre moral y derecho positivo, en relación a la deontología jurídica. (C.J.D.).

496. BREGANZE, M.; BACCAGLINI, F. y otros: «*Rassegna di legislazione regionale di interesse privatistico*», NLCC, 1994, núm. 2, pp. 371-400.

Reseñas de disposiciones regionales sobre diversas materias de interés privado, publicadas en la G.U. del 14 de noviembre de 1992 al 24 de abril de 1993. (R.D.R.).

497. DALMOTTO, E.: «*Interesse irrisorio in causa e capacità a testimoniare: il caso dei "Pantaloni atrappati"*», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 979-985.

Comentario a la sentencia de apelación de Torino de 11-6-92 respecto a la relevancia del interés de hecho del testigo a la hora de excluir o consentir la prueba testimonial. (A.R.G.).

498. DALMOTTO, E.: «*Il termine per indicare i testi ex art. 244 cod. proc. civ.*», NGCC, 1994, núm. 2, marzo-abril, parte segunda, pp. 138-142.

Análisis de diversas cuestiones relacionadas con la prueba testimonial. (A.R.G.).

499. DAMIEN, A.: «*L'avocat ayant exercé des fauteurs salariaires dans une entreprise, peut-il paider et représenter contre celle-ci sans marquer à la délicatesse?*», GP, 1994, núms. 233-235, pp. 28-29.

Comentario a las sentencias de 10 de febrero y de 30 de marzo de 1994. (Aranda/Sierra).

500. DAMIEN/LECLERC: «*L'avocat qui communique à son client la copie des pieces de son dossier d'instruction commet-il una faute?*», GP, 1994, núms. 233-235, pp. 24-26 y 28-29.

Comentarios a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 2 de febrero de 1994 y a la sentencia de la corte de Toulouse de 27 de junio de 1994. (Aranda/Sierra).

501. DANISI, I.: «*L'embargo contro l'IRAQ e i contratti di subfornitura*», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 853-864.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Trento del 10-12-92 en relación a los efectos civiles de un embargo comercial. (A.R.G.).

502. DAVILLE: «*Le moyen âge sur ordinateur. Voyance et désenvoutement par minitel au téléphone*», GP, 1994, núms. 166-167, pp. 2-5.

Pone de manifiesto la proliferación reciente de las videntes y los nuevos medios que emplean para su difusión. Posteriormente afronta la posición que hoy toma la Justicia ante este fenómeno, posición que califica de corta en blanco o cheque en blanco. (Aranda/Sierra).

503. DUTARET: «*La réforme législative de l'audiovisuel*», GP, 1994, núms. 128-130, pp. 2-16 y 33-37.

Comentarios sobre la nueva legislación en la materia como respuesta a los problemas más urgentes. (Aranda/Sierra).

504. FODDAI, M. A.: «*Contratto e contrattualismo*», ARCHIV.GIUR., 1994, I, pp. 111-132.

Origen y evolución del contractualismo, en relación con la crisis del legalismo y los nuevos modos de concebir la sociedad. Estudio de la teoría de Rawls. (C.J.D.).

505. FORLATI PICCHIO, L. y otros: «*Rassegna di legislazione e di giurisprudenza delle Comunità Europee, A: Parte generale*», NLCC, 1994, núm. 2, pp. 308-370.

Reseñas de legislación (1 de julio de 1991-31 de diciembre de 1992) de la Comunidad Europea, sobre diversas materias. Parte general I. (R.D.R.).

506. FORLATI PICCHIO, L. y otros: «*Rassegna di legislazione e di giurisprudenza delle Comunità Europee, A: Parte generale*», NLCC, 1994, núms. 4-5, pp. 1159-1204.

Reseñas de jurisprudencia (1 de julio de 1991-31 de diciembre de 1992) de la Comunidad Europea, en torno a diversas materias. Parte general II. (R.D.R.).

507. GAUTIER, P.: «*Le Discours de la méthode du Chancelier Daguesseau*», RTDC, 1994, núm. 1 (enero-marzo), pp. 67-72.

Estudio de la obra de este jurista que vivió entre los siglos XVII y XVIII. (Aranda/Sierra).

508. GRELON: «*La publicité sur le territoire français des boissons alcooliques: les incertitudes actualles de la loi Evin*», GP, 1994, núms. 138-139, pp. 2-9.

Estudio en torno a las incertidumbres unidas a los artículos 17 y 18 de la Ley Evin sobre la publicidad de las bebidas alcohólicas. (Aranda/Sierra).

509. GROMB, S.: «*Problèmes medico-legaux posés par les hépatites C*», GP, 1994, núms. 58-60, pp. 2-7.

Estudio de los problemas jurídicos que plantea la hepatitis transfusional, que son principalmente problemas de prueba: prueba de la enfermedad y de la transfusión sanguínea y de imputación. (Aranda/Sierra).

510. JARASS, H. D.: «*Haftung für die Verletzung von EU-Recht durch nationale Organe und Amtsträger*», NJW, 1994, pp. 881-886.

Responsabilidad por la violación del Derecho comunitario por un órgano o funcionario nacional.

La decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la introducción de una responsabilidad de la Administración por la violación del Derecho Comunitario por un órgano o un funcionario nacionales ha suscitado importantes reacciones.

Después de discutirse en primer lugar si tal responsabilidad existe, se ha pasado a tratar los detalles de tal responsabilidad. Especialmente, resulta de interés analizar bajo qué presupuestos existirá la responsabilidad de la Administración en supuestos tales como el de no traspוסición de directivas comunitarias. (M.P.G.R.).

511. JEOL: «Vers une définition plus “processuelle” de l'autorité de la chose jugée», RDS, 1994, núm. 27, pp. 395-398.

Nota a la sentencia de casación, asamblea plenaria, de 3 de junio de 1994, sobre valor de cosa juzgada. (Aranda/Sierra).

512. KARTZKE, U.: «Verträge mit gewerblichen Ferienhausanbietern, Internationale Zuständigkeit nach dem EuGVÜ und anwendbares materielles Recht», NJW, 1994, pp. 823-826.

El artículo somete a discusión la competencia judicial internacional en el Convenio de Bruselas por demandas con profesionales de viajes de vacaciones y trata de aclarar especialmente la pregunta relativa a qué Derecho material es aplicable a este tipo de contratos según la EGBGB. Se discuten además algunas especialidades que se producen ante la existencia de demandas conexas. (M.P.G.R.).

513. LEPRI, A.: «Inapplicabilità all'arbitrato irrituale del procedimento di liquidazione dei diritti degli arbitri di cui all'art. 814 cod. proc. civ.», NGCC, 1994, núm. 3, mayo-junio, parte prima, pp. 316-318.

Comentario a la sentencia de Cass. 10-7-1993 n. 7604 sobre arbitraje. (A.R.G.).

514. MANN, R.: «Die Anerkennungsfähigkeit von US-amerikanischen class-action Urteilen», NJW, 1994, pp. 1187-1189.

El reconocimiento de decisiones americanas derivadas de las *class-action*.

El autor considera que las consecuencias de este tipo de acciones típicamente norTEAMERICANAS no pueden integrarse en el ordenamiento jurídico alemán por vulnerar diversos principios de orden público procesal (§ 328 I.4. ZPO). Además, analiza cuáles son las consecuencias desde el punto de vista de la litispendencia internacional y de la firmeza de la sentencia. (M.P.G.R.).

515. MENGONZI, P. y otros: «Rassegna dei trattati internazionali di interesse privatistico», NLCC, 1994, núm. 1, pp. 84-244.

Reseñas de Tratados internacionales, multilaterales y bilaterales, vigentes en Italia según las leyes de ratificación y adaptación, y los comunicados de entrada en vigor aparecidos en la G.U. del 1 de enero al 31 de diciembre de 1992. (R.D.R.).

516. MIRABELLI, G. y GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione-Secondo quadrimestre 1993», RDC, 1994, núm. 1, parte seconda, pp. 67-84.

Reseña de jurisprudencia sobre diversas materias. (R.D.R.).

517. MIRABELLI, G. y GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte de Cassazione-Terzo quadrimestre 1993», RDC, 1994, núm. 3, parte seconda, pp. 279-296.

Reseña de decisiones jurisprudenciales referidas a diferentes materias. (R.D.R.).

518. NGUYEN VAN TUONG: «Les réserves apportées au Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992», RDS, 1994, núm. 6, pp. 50-52. (Aranda/Sierra).

519. PAISANT: «La jurisprudence de la Cour de cassation et la question de la réforme de la loi sur le surendettement des particuliers», RDS, 1994, núm. 23, pp. 173-178. (Aranda/Sierra).

520. PUTMAN: «*Portée de conclusions télécopiées en cas de désistement devant le tribunal de commerce*», RDS, 1994, núm. 22, pp. 320-322.

Nota a la sentencia de apelación de Toulouse de 15 de marzo de 1994. (Aranda/Sierra).

521. RAVENNA, D. y PAZZAGLIA, A.: «*Rassegna dell'attività legislativa in corso su materie di interesse privatistico*», NLCC, 1994, núm. 2, pp. 466-476.

Reseñas de la actividad legislativa en curso, actualizada al 31 de marzo de 1994, relativa a diferentes materias de interés jurídico privado. (R.D.R.).

522. SANTINI, G.: «*Nascita di una nuova disciplina: la "Storia del diritto europeo"*», ARCHIV.GIUR., 1994, II, pp. 185-203.

Exposición general sobre los intentos teóricos de unificación del Derecho europeo. Papel del derecho común como elemento unificador. (C.J.D.).

523. SCOGNAMIGLIO, R.: «*Il codice civile e il diritto del lavoro*», RDC, 1994, núm. 2, parte prima, pp. 245-275.

Relación de ambas disciplinas jurídicas bajo el prisma de la crisis de la codificación. (R.D.R.).

524. SOULIER: «*Union européenne et Communauté(s) européenne(s)*», RDS, 1994, núm. 23, pp. 179-180. (Aranda/Sierra).

525. TORIELLO, F.: «“Applicabilità” ed “efficacia” delle direttive comunitarie», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte seconda, pp. 497-532.

Trabajo dedicado a las fuentes normativas y las instituciones comunitarias, al análisis de las directivas y a la experiencia jurisprudencial italiana respecto a las mismas. (A.R.G.).

526. ZULEEG, M.: «*Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft*», NJW, 1994, pp. 545-549.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas caracteriza a la Comunidad Europea como una comunidad de Derecho y deriva de ello concretas consecuencias jurídicas. A las señas de identidad de una comunidad de Derecho pertenece la protección de los derechos fundamentales que el Tribunal ha recogido en el camino hacia un Derecho judicial en el ordenamiento jurídico de la Comunidad. El Tribunal ha introducido principios fundamentales objetivos en el Derecho comunitario que se distinguen del Derecho estatal, en el marco de los ordenamientos de los Estados miembros. Esta participación en el poder jurídico se refleja de manera imperfecta en el Derecho de la Comunidad porque únicamente el poder jurisprudencial está netamente separado de los funcionarios políticos. Por otra parte, en las relaciones entre la Comunidad y sus Estados miembros hay una pronunciada distribución vertical del poder, sirviendo el Derecho como lazo de unión. (M.P.G.R.).

527. ZULEEG, M.: «*Die Verfassung der Europäischen Gemeinschaft in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*», BB, 1994, pp. 581-587.

El tratado constitutivo con sus adiciones y modificaciones constituye la Constitución de la Comunidad Europea. Permanece para mantener el orden de la Unión Europea, porque la Comunidad subsiste como fundamento de la Unión. Se habla del primer pilar de la Unión. El autor estima que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no es el tribunal constitucional de la Unión, pero sí lo es de la Comunidad Europea. (M.P.G.R.).

528. ZULEEG, M.: «*Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration*», JZ, 1994, pp. 1-8.

El papel del poder judicial en el proceso de integración europea. (M.P.G.R.).

529. WEBER, A.: «Die Wirtschafts- und Währungsunion nach dem Maastricht-Urteil des BVerfG», JZ, 1994, pp. 53-60.

La unión económica y monetaria en la sentencia del BVerfG de 12 de octubre de 1993. (M.P.G.R.).

530. WIEBE, A.: «Umweltschutz durch Wettbewerb. Das betriebliche Umweltschutzsystem der EG», NJW, 1994, pp. 289-294.

Con la creciente concienciación de los consumidores sobre los problemas del medio ambiente, la protección de éste se ha convertido en un factor de creciente importancia para la economía y para la industria. Junto al respeto de los productos por el medio ambiente, se sitúan también los efectos sobre éste de las actividades industriales. La Unión Europea trata de dar respuesta a estas exigencias con un sistema voluntario, sujeto al principio de la confianza en la información proporcionada por las empresas y sometido a las reglas de control propias de la libre competencia. El sistema se presenta y analiza de manera crítica en este artículo, en el que también se investiga el marco de las relaciones jurídicas que pueden producirse de acuerdo con el § 3 UWG. (M.P.G.R.).

531. WOLF, G.: «Die Gesetzwidrigkeit von Fernsehübertragungen aus Gerichtsverhandlungen», NJW, 1994, pp. 681-687.

La ilegalidad de las transmisiones televisivas de los procesos judiciales. (M.P.G.R.).

II. DERECHO MERCANTIL

I. PARTE GENERAL. EMPRESA

532. BLUM: «Initiative individuelle et simplifications apportées à la vie sociale des entreprises», GP, 1994, núm. 118, pp. 2-6.

Dado el auge de las empresas individuales en Francia, la ley de 11 de febrero de 1994 contiene un cierto número de disposiciones relativas a la simplificación de formalidades administrativas y contables que son estudiadas en este artículo. (Aranda/Sierra).

533. CAPOLINO, O.: «Società bancarie ed esercizio della professione forense: il regime dell'incompatibilità», BBTC, 1994, II, parte seconda, pp. 136-146.

Comentario a la sentencia de la Corte Cass. 06-08-1992. (C.J.D.).

534. CAPRIGLIONE, F.: «Riforma bancaria e scenario economico, spunti d'indagine», BBTC, 1994, II, parte prima, pp. 137-153.

En particular, trata la recapitalización de los entes crediticios, gestión de riesgos bancarios y actividad financiera de la empresa. (C.J.D.).

535. DUPICHOT: «Les actes de commerce dits par la forme au regard de la qualification de commerçant et l'art. 48 nouv. C. pr. civ.», GP, 1994, núm. 266-267, pp. 16-19.

Notas a la sentencia de la Corte de casación comercial de 11 de mayo de 1993. (Aranda/Sierra).

536. EDELMAN: «La télédistribution dans les chambres d'hôtel (à propos de l'arrêt du 6 avril 1994 de la première Chambre civile de la Cour de cassation)», RDS, 1994, núm. 27, pp. 209-216.

El concepto de público. La teledistribución según la ley de 11 de marzo de 1957 y la sentencia de 6 abril de 1994. (Aranda/Sierra).

537. EHRICKE, Ulrich: «Die Bindungswirkungen von Negativattesten und Verwaltungsschreiben im Gemeinschaftsrecht», ZHR 158 (1994), pp. 170-181.

Eficacia de las denominadas «Declaraciones negativas» y «Cartas administrativas» («comfort letter»), como decisiones no formales de la Comisión de la CEE en materia de defensa de la competencia (I.G.P.).

538. FORT-CARDON: «Usage illicite de marque et protection des réseaux de distribution sélective», RDS, 1994, núm. 22, pp. 318-320.

Nota a la sentencia de casación comercial de 23 de febrero de 1993. (Aranda/Sierra).

539. GALANTI, E.: «Diritti ed interessi di fronte all'esenzio di poteri autoritativi delle autorità di controllo», BBTC, 1994, II, parte seconda, pp. 119-127.

Alcance del control de la actividad bancaria por parte de la Administración. Jurisdicción ordinaria y jurisdicción administrativa. (C.J.D.).

540. GIUDICI, S.: «Il problema della decettività del marchio», NGCC, 1994, núm. I, enero-febrero, parte prima, pp. 56-62.

Comentario a la sentencia de Cass. 23-1-1993 n. 784 respecto al tema de las marcas. (A.R.G.).

541. JDOT: «L'application du "principe de subsidiarité" en droit de la concurrence», RDS, 194, núm. 5, pp. 37-44. (Aranda/Sierra).

542. KDHIR: «Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie: mythe ou réalité?», RDS, 194, núm. 4, pp. 30-34. (Aranda/Sierra).

543. LOMBARD: «À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés», RDS, 1994, núm. 22, pp. 163-169. (Aranda/Sierra).

544. MARTINEK, Michael/ HABERMEIER, Stefan: «Das Chaos der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen», ZHR 158 (1994), pp. 107-148.

Desde la perspectiva del Derecho de la competencia, se expone la regulación de la CEE al respecto, destacando la necesidad de armonizar los criterios en un caos legislativo que nos ofrece seguridad y claridad. (I.G.P.).

545. OUTIN-ADAM: «Codifier est un art difficile (à propos d'un... "code de commerce")», RDS, 1994, núm. 13, pp. 99-100. (Aranda/Sierra).

546. PASCHKE, Marian /REUTER, Cristian: «Der Gleichordnungskonzern als Zurechnungsgrund im Kartellrecht», ZHR 158 (1994), PP. 390-402.

Sobre actividades consorciales y prácticas restrictivas de la competencia. (I.G.P.).

547. PÉPI: «Concurrence: une réforme oubliée? (La procédure devant le Conseil)», GP, 1994, núm. 266-267, pp. 12-14. (Aranda/Sierra).

548. PRATIS, C. M.: «L'accordo interbancario del 1993 per l'istituzione dell'ufficio reclami degli enti creditizi e dell'ombudsman bancario nell'ambito della tutela del consumatore. Rafronto con analoghi sistemi di altri paesi della CEE», BBTC, 1994, II, parte prima, pp. 215-227.

Estudio de la tutela legal de los consumidores, en relación con la política de la CEE. En concreto, la tutela de los intereses de los clientes en el sector bancario. (C.J.D.).

549. PRESTI, G.: «Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo», BBTC, 1994, II, parte prima, pp. 167-199.

Evolución normativa por la que las antiguas cajas rurales pasan a ser bancos de crédito cooperativo. Adaptación a las directivas de la CEE. (C.J.D.).

550. ROJO, A.: «**Las ofertas públicas de adquisición de valores en el derecho español**», BBTC, 1994, I, parte prima, pp. 39-56.

Conferencia presentada en el seminario sobre «*Europäisches kapitalmarktrecht*», dirigido por los Prof. Heinsius y Kübler (Johann Wolfgang Goethe-Universität; Frankfurt, 11 febr./93). (C.J.D.).

551. RIVOLTA, G. C. M.: «**Gli atti d'impresa**», RDC, 1994, núm. 1, parte prima, pp. 107-142.

Análisis de la disciplina de la empresa desde la perspectiva de su actividad. (R.D.R.).

552. SCHLESINGER, P.: «**Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria**», RDC, 1994, núm. 3, parte prima, pp. 447-451.

Acercamiento al problema de la sucesión *mortis causa* en la titularidad de una empresa y el mantenimiento de su unidad. (R.D.R.).

553. SCHMIDT, K.: «**Integritätschutz von Unternehmen nach § 823 BGB - Zum "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb"**», JUS, 1993, pp. 985-992.

El autor plantea la posibilidad de protección de la empresa a través del § 823 del BGB y la posible consideración del «Derecho de la empresa» como «otro Derecho» (sonstiges Recht) en el sentido del § 823.I. del mismo cuerpo legal. (M.P.G.R.).

554. SEPE, M.: «**Brevi note sul testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia**», BBTC, 1994, IV, parte prima, pp. 505-519.

Formación y principios inspiradores del *texto único* en materia bancaria y crediticia. Ámbito de aplicación. (C.J.D.).

555. STENGEL A./SCHOLDERER F.: «**Aufklärungsflichten beim Beteiligungs und Unternehmenskauf**», NJW, 1994, pp. 158-164.

El artículo precisa la frontera entre falsas declaraciones y la omisión de aclaraciones en la compra de empresas y participaciones en las empresas. A continuación afronta a través de una amplia casuística ciertas situaciones jurídicas acuñadas, y trata de constatar los posibles objetos de aclaración por parte del vendedor y de comprobar los puntos de mayor significado, para a través de ello sostener la existencia de un deber de aclaración. (M.P.G.R.).

556. TROIANO, V.: «**La disciplina antitrust e il settore creditizio: profili istituzionali**», GC, 1994, núm. 3, pp. II, 183-198.

Reflexión acerca de la disciplina antitrust y la introducción de una teoría general en defensa de la competencia, en relación con los poderes públicos. (R.D.R.).

557. VALORZI, A.: «**A proposito di due recenti pronunce del Consiglio di Stato in materia di incompatibilità del dipendente pubblico con l'assunzione di cariche sociali nelle Casse rurali ed artigiane. Prospettive e problemi del rapporto di pubblico impiego "privatizzato"**», BBTC, 1994, III, parte segunda, pp. 307-314. (C.J.D.).

558. WIESE, G.: «**Entwicklung des Rechts der Betriebs und Unternehmensverfassung**», JUS, 1994, pp. 99-106.

El artículo presenta una panorámica sobre el desarrollo del Derecho de la empresa alemán y particularmente sobre los orígenes y modificaciones de la Betriebverfassungsgesetz de 1952. (M.P.G.R.).

2. DERECHO DE SOCIEDADES

559. BERLUCCI, A.: «**Competenze regionali e provinciali nella regione Trentino Alto Adige in tema di procedimento di trasformazione e fusione di**

enti di credito (secondo la l. 30 giugno 1990, n. 218 e d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356), con particolare riferimento alla fase consultiva», BBTC, 1994, IV, parte seconda, pp. 475-484.

Comentario a una sentencia del Tribunal Regional de justicia administrativa, sobre transformación de entidad pública de crédito en sociedad por acciones. (C.J.D.).

560. BOGLIA, C.: «La nuova legge sulle società nel quadro delle riforme civili e commerciali in Albania», RDC, 1994, núm. 1, parte prima, pp. 157-176.

Breve reflexión acerca de la tradición histórica y estado actual de la legislación mercantil en Albania. (R.D.R.).

561. BONTEMPI, P.: «Clausola di consolidazione delle quote sociali e divieto delle associazioni tontinaire», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte prima, pp. 147-152.

Comentario a la sentencia del Tribunal Vercelli de 19-11-92 en materia de sociedades. (A.R.G.).

562. BUSI, C. A.: «Azzeramento del capitale per perdite e ricostituzione dello stesso da parte di un socio, mediante rinuncia al proprio credito verso la società», NGCC, 1994, núm. 3, mayo-junio, parte prima, pp. 421-434.

Comentario a la resolución del Trib. Vicenza, decr. 24-6-93, en materia de sociedades. (A.R.G.).

563. CABRAS, G.: «Le società unipersonali», GC, 1994, núm. 5, pp. II, 279-294.

Observaciones referentes a la sociedad unipersonal y tipos societarios. Constitución de la sociedad por acto unilateral. Concepto de socio único. Limitación de la responsabilidad por las obligaciones sociales. Cuestiones de publicidad, operaciones, organización y situación de insolvencia de la sociedad. (R.D.R.).

564. CAMPOBASSO, G. F.: «Le partecipazioni al capitale delle banche», BBTC, 1994, III, parte prima, pp. 285-307.

Ponencia presentada en el Congreso «El texto único en materia bancaria» (Milán, 29 octubre 1993). Trata de la adaptación del ordenamiento italiano a las normas de la CEE, en materia de participación en el capital bancario. (C.J.D.).

565. CAMPOBASSO, G. F.: «L'emissione di obbligazioni bancarie», BBTC, 1994, IV, parte prima, pp. 472-484.

Intervención en la convención sobre «La nueva disciplina de las operaciones de incremento del capital» (Milán, 7-8 abril 1994). (C.J.D.).

566. CANESSA, N.: «La convocazione dell'assemblea di società per azioni», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., pp. 441-448.

Ánalisis de diversas cuestiones relacionadas con la convocatoria de la asamblea en la sociedad por acciones (lugar, tiempo, sujetos legitimados, consecuencias de la irregularidad de la convocatoria, convocatoria por petición de la minoría, asamblea totalitaria, orden del día, procedimientos de urgencia, quorum constitutivo y revocación en la asamblea). (A.R.G.).

567. CAPRIOLI, S.: «La nuova legge sulle società della Repubblica di San Marino», RDC, 1994, núm. 1, parte prima, pp. 143-156.

Comentario a la nueva Ley de 13 de junio de 1990, n. 68, de San Marino, renovadora de la disciplina del derecho de sociedades, con especial referencia a la sociedad en comandita. (R.D.R.).

568. CERA, M.: «L'attività di intermediazione mobiliare e la disciplina contrattuale», BBTC, 1994, I, parte prima, pp. 23-38.

Actividad de las sociedades de intermediaciónmobiliaria (SIM): adaptación a las indicaciones comunitarias y exigencias de la práctica (Ley 2 enero 1991, n. 1). (C.J.D.).

569. DAUNER-LIEB, Barbara: «Abfindungsklauseln bei Personengesellschaften», ZHR 158 (1994), pp. 271-291.

Cláusulas sobre «valor de reembolso en caso de separaciones del socio en las sociedades personalistas». (I.G.P.).

570. DIMUNDO, F. M.: «Inesistenza delle deliberazioni assembleari di società per azioni», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., pp. 449-496.

Artículo que se ocupa de las deliberaciones asamblearias inexistentes y de las fases del procedimiento deliberativo, de las anomalías y su tratamiento. (A.R.G.).

571. DONDI, G.: «Sulla classificazione previdenziale della holding e del consorzio con attività esterna - nota a Cass. 1 marzo 1993, n. 2504, e Cass. 1 marzo 1993, n. 2503», GC, 1994, núm. 1, pp. I, 206-211. (R.D.R.).

572. FRIEDRICH, V.: «Auflösung einer Kapitalgesellschaft und Übernahme des Unternehmens durch einen Gesellschafter», BB, 1994, pp. 89-94.

Disolución de una sociedad de capital y asunción de la empresa por un socio.

Se plantea el autor la posible legalidad, desde el punto de vista del principio de no discriminación, y respecto de los derechos del accionariado minoritario, de la disolución de una sociedad anónima, con la previa intención de que la totalidad de los bienes, como unidad funcional, vayan a parar a un solo socio. (M.P.G.R.).

573. GEUTING, M.: «Ausgleichs- und Abfindungsansprüche der Minderheitsgesellschafter im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern», BB, 1994, pp. 365-372.

Derechos de compensación y de indemnización de los socios minoritarios en los cualificados consorcios de sociedades de responsabilidad limitada de carácter fáctico.

El artículo se plantea qué derechos tienen los socios minoritarios o separados de la sociedad de responsabilidad limitada, contra quien y cómo se cuantifican, cuando tal minoría o separación es consecuencia de la formación de un grupo real con una sociedad dominante y otra accesoria. (M.P.G.R.).

574. GHISIGLIERI, F.-GUIDO, A.: «Lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio», NGCC, 1994, núm. 2, marzo-abril, parte segunda, pp. 100-130. (A.R.G.).

575. GRASSANO, P.: «Sulla irrevocabilità del decreto di omologazione dell'atto costitutivo di società di capitali», GC, 1994, núm. 1, pp. II, 31-36. (R.D.R.).

576. HANNOUN: «Les conventions portant transfert du contrôle et la transparence des sociétés», RDS, 1994, núm. 9, pp. 67-72. (Aranda/Sierra).

577. HOMMELHOFF, Peter: «Zum vorläufigen Bestand fehlerhafter Strukturänderungen in Kapitalgesellschaften», ZHR 158 (1994), pp. 11-34.

Situación actual de las modificaciones estructurales en sociedades capitalistas, en particular cuando concurre una causa de impugnación o de nulidad. (I.G.P.).

578. HÖRSTEL, R.: «Der Ausschluß des GmbH-Gesellschafters durch Kaduzierung», NJW, 1994, pp. 965-968.

El deber del socio de aportación del capital y las normas imperativas sobre las consecuencias de las pérdidas del capital social precisan la responsabilidad de la sociedad frente a terceros. Pero los efectos en las relaciones internas de los socios no son en

medida alguna coincidentes. Las naturales relaciones de tensión y su solución sistemática constituye el objeto de esta exposición. (M.P.G.R.).

579. KINDLER, Peter: «*Die sachliche Rechtfertigung des aktienrechtlichen Bezugsrechtsausschlusses im Lichte der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft*», ZHR, 158 (1994), pp. 339-370.

Estudio crítico-comparativo de la Jurisprudencia del BGH relativa a la exclusión del derecho de suscripción preferente en sociedades de capital; a la luz de la segunda Directiva Comunitaria en materia de sociedades. (I.G.P.).

580. KRIEGER, Gerd: «*Fehlerhafte Satzungsänderungen: Fallgruppen und Bestandkraft*», ZHR, 158 (1994), pp. 35-58.

Modificaciones estatutarias susceptibles de impugnación: Supuestos concretos y eficacia. (I.G.P.).

581. LANDSITTEL, R.: «*Die Zurechnungsklausel in der Fusionskontrolle*», BB, 1994, pp. 799-805.

Análisis de la cláusula de imputación en el control de fusión a la luz de la sentencia del BGH en el caso «*Iserlohner Kreisanzeiger*». (M.P.G.R.).

582. LORTON: «*Reflexions sur la société par actions simplifiée ou SAS: Soupleesse A Surveiller*», GP, 1994, núms. 121-123, pp. 2-8.

Condiciones específicas de una SAS: libertad de organización y de fundación. Libertad de relaciones entre accionistas de la SAS. Eficacia de las cláusulas estatutarias de la SAS. Incidencias de las disposiciones de derecho social y de derecho fiscal sobre la SAS. (Aranda/Sierra).

583. LÜTTGE, J. W.: «*Die zulässige Mehrfachbeteiligung an einer Personengesellschaft*», NJW, 1994, pp. 5-11.

El artículo plantea si la participación del socio en una sociedad es, como la teoría clásica dominante prefiere, una participación única o si, por el contrario, el socio puede tener dos o más participaciones independientes en la sociedad. El trabajo muestra la parte práctica de optar por una u otra concepción, aludiendo a varios problemas. (M.P.G.R.).

584. MARCHETTI, P.: «*Le obbligazioni nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*», BBTC, 1994, IV, parte prima, pp. 485-497.

Incidencia del *texto único* en materia bancaria y crediticia sobre la emisión de obligaciones, tanto bancarias como de otras sociedades por acciones. (C.J.D.).

585. MARTINA, G.: «*Vendita di quote appartenenti ai soci nella forma di vendita di cosa altrui*», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 1009-1017.

Comentario a la sentencia de Casación de 11-12-92 n. 13123 en relación con la venta de cuotas de los socios por parte de una sociedad de responsabilidad limitada. (A.R.G.).

586. MARZONA, N.: «*Norme antitrust e concentrazioni bancarie: il giudice amministrativo si fa amministrazione*», BBTC, 1994, I, parte prima, pp. 94-102.

Comentario a la ordenanza *Trib. Amministrativo Regionale del Lazio* 14-7-93. Acto de la *Banca d'Italia* de autorización de una operación de concentración de entidades de crédito. (C.J.D.).

587. NERVI, A.: «*I sindicati di voto*», NGCC, 1994, núm. 3, mayo-junio, parte segunda, pp. 181-198.

Análisis de tal figura jurídica en la Jurisprudencia a lo largo de diversas fases (años 50, 70 y 80). (A.R.G.).

588. OPPO, G.: «**Fusione e scissione di banche tra disciplina codicistica e ordinamento settoriale**», RDC, 1994, núm. 2, parte segunda, pp. 119-127.

Análisis de la incidencia, en las operaciones de fusión y escisión de entidades bancarias, del nuevo artículo 57 T.U. 1993, n. 385, en materia bancaria y crediticia. (R.D.R.).

589. PORET: «**Fusion de sociétés. Droit d'apport majoré de 1,20 % et droit communautaire**», GP, 1994, núms. 121-123, p. 9.

Criticas de la doctrina a la legislación francesa acorde con la comunitaria en materia de fusión de sociedades. (Aranda/Sierra).

590. PORTALE, G. B.: «**“Sospensione delle funzioni” di amministratore di società bancaria e disciplina societaria**», BBTC, 1994, III, parte prima, pp. 377-383.

Análisis de diversos aspectos prácticos de los supuestos de suspensión del cargo de administrador social regulados en el innovador art. 9 Ley 197/1991 (*legge antiriciclaggio*). (C.J.D.).

591. RESCIGNO, M.: «**Il nuovo volto delle banche popolari**», BBTC, 1994, III, parte prima, pp. 308-336.

El artículo recoge la ponencia presentada en la convención sobre *La cooperazione di credito: dalle miniriforme alla nuova legge bancaria*. (Udine, 19 noviembre 1993). (C.J.D.).

592. SALAFIA, V.: «**In tema di avviso autonomo di seconda convocazione dell’assemblea di società per azioni e di opponibilità ai terzi della nullità o inesistenza della deliberazione - nota a Trib. Lecco 26 febbraio 1994**», GC, 1994, núm. 6, pp. I, 1683-1686. (R.D.R.).

593. SALANITRO, N.: «**Profili normativi delle banche cooperative**», BBTC, 1994, III, parte prima, pp. 273-284.

Ponencia presentada en el *Convegno sulle banche cooperative* (Milán, 29 octubre 1993). En relación con dichas entidades, se refiere a los siguientes aspectos: posición de los socios; participación de personas jurídicas; acciones; emisión de obligaciones; transformación y fusión; entre otros. (C.J.D.).

594. SALERNO, L.: «**La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo “spirito della forma cooperativa”**», BBTC, 1994, III, parte prima, pp. 338-376.

El autor estudia las últimas reformas del sector bancario: en particular, el artículo 31 del *texto único* en materia bancaria, refiriéndose a diversos aspectos de los bancos populares. (C.J.D.).

595. SANTARSIERE, V.: «**Modificazioni statutarie delle cooperative mediante deliberazione dell’assemblea ordinaria - nota ad App. Brescia 2 aprile 1993 (decr.)**», GC, 1993, núm. 12, pp. I, 3094-3096. (R.D.R.).

596. SANTARSIERE, V.: «**Principi di chiarezza e precisione nella redazione del bilancio di esercizio: verificazione dell’osservanza - nota a Trib. Firenze 18 maggio 1993**», GC, 1993, núm. 12, pp. I, 3109-3111. (R.D.R.).

597. SARNO, M.: «**Note in tema di comunicazione della deliberazione di esclusione di socio dalla società cooperativa e di rapporto tra socio lavoratore e cooperativa di lavoro**», NGCC, 1994, núm. 2, marzo-abril, parte prima, pp. 206-216.

Comentario a la resolución de Cass. 5-2-1993 n. 1448 en materia de cooperativas. (A.R.G.).

598. SCASSELLATI SFORZOLINI, M.: «*Sulla sopprimibilità nel patrimonio nel caso di ditte confondibile*», NGCC, 1994, núm. 3, mayo-junio, parte prima, pp. 364-370.

Comentario a la sentencia de Cass, 6-3-1993 n. 2740 en materia de marcas o firmas similares que pueden generar confusión. (A.R.G.).

599. SCHERMI, A.: «*Pignoramento di quota di società a responsabilità limitata. Delibera assembleare di azzeramento e contemporaneo aumento del capitale sociale. Effetti sul pignoramento dell'esercizio, o del non esercizio, del diritto di opzione - nota a Cass. 9 dicembre 1992, n. 13019*», GC, 1993, núm. 12, pp. I, 3036-3039. (R.D.R.).

600. SCHERMI, A.: «*Nomina degli amministratori di società per azioni. Principio legislativo simul stantibus simul cadent. Derogabilità. Potere dell'assemblea straordinaria - nota a Cass. 24 giugno 1993, n. 7012*», GC, 1994, núm. 5, pp. I, 1352-1357. (R.D.R.).

601. SCHMIDT, Karsten: «*Mehrheitsregelungen in GmbH & Co. Verträgen*», ZHR, 158 (1994), pp. 205-228.

Reglas sobre mayorías en las «GmbH & Co. KG» (Sociedades comanditarias cuyo socio colectivo es una S.R.L.): estudio sobre las denominadas «cláusulas de mayorías» y la protección de los derechos de las minorías. (I.G.P.).

602. SCHÖN, Wolfgang: «*Der Niessbrauch am Gesellschaftsanteil*», ZHR, 158 (1994), pp. 229-270.

Usufructo de participaciones sociales. (I.G.P.).

603. TIXIER: «*L'impôt sur les grandes fortunes et la notion de société holding ou de contrôle indirect d'une société*», RDS, 1994, núm. 12, pp. 159-160.

Nota a la sentencia de la corte de casación comercial de 7 de diciembre de 1993. (Aranda/Sierra).

604. VANONI, S.: «*Lettere di patronage "deboli" e responsabilità del patro-nante*», BBTC, 1994, I, parte seconda, pp. 43-59.

Cesión de participaciones de sociedad patrocinada y liquidación de la sociedad. Responsabilidad. (C.J.D.).

605. VIDIRI, G.: «*Società cooperative e trasferimento (ed usucapione) dei titoli nominativi di partecipazione azionaria - nota a Cass. 26 luglio 1993, n. 8370*», GC, 1994, núm. 1, pp. I, 124-128. (R.D.R.).

606. VIDIRI, G.: «*Azione del socio (e del terzo) ex art. 2.395 c.c. contro gli amministratori ed azione contro la società - nota a Cass. 22 gennaio 1993, n. 781*», GC, 1994, núm. 4, pp. I, 1098-1102. (R.D.R.).

607. ZÖLLNER, Wolfgang/WINTER, Martin: «*Folgen der Nichtigerklärung durchgeföhrter Kapitalerhöhungsbeschlüsse*», ZHR, 158 (1994), pp. 59-100.

Consecuencias de la declaración de nulidad de acuerdos sobre aumento de capital. (I.G.P.).

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

608. BROHM, W.: «*Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb*», NJW, 1994, pp. 281-289.

Actividad económica del sector público y libre competencia. El artículo plantea la compatibilidad de la actividad estatal con la desregulación exigida por el Tratado de la

CE en relación con aquellos monopolios que ofrezcan productos similares a operadores económicos privados, como punto de partida en el marco de los medios audiovisuales. (M.P.G.R.).

609. FEZER, K. H.: «Europäisierung des Wettbewerbsrechts», JZ, 1994, pp. 317-326.

Europeización del Derecho de la competencia. Las fronteras de la unificación jurídica en el Derecho de la competencia desleal. Comentario al reciente desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre Derecho de marcas (Casos «Yves Rocher», «Keck und Mithouard» y «Hünermund»). (M.P.G.R.).

610. INGERL, R./ROHNKE, Ch.: «Die Umsetzung der Markenrechts-Richtlinie durch das deutsche Markengesetz», NJW, 1994, pp. 1247-1255.

El gobierno alemán está tratando de reformar en profundidad el Derecho de marcas. La causa es el cumplimiento de la Directiva comunitaria de Derecho de marcas. La vigente ley de marcas registradas, así como el § 16 de la UWG deben ser derogados a través de una nueva ley de marcas. El artículo presenta los puntos principales del Proyecto de ley presentado a este respecto por el Gobierno al Parlamento. (M.P.G.R.).

611. MARZONA, N.: «Gli organi di vigilanza sull'attività di intermediazione finanziaria», BBTC, 1994, II, parte prima, pp. 154-166.

Conferencia celebrada en el curso sobre «La intermediación financiera en la experiencia internacional» (Brescia, 17 mayo 1993). (C.J.D.).

612. SACK, R.: «Die Auswirkungen des Art. 30 EG-Vertrag auf das Verbot von Eigenpreisvergleichen (§ 6 e UWG)», BB, 1994, pp. 225-237.

A través del análisis de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, «Yves Rocher» e «Inno», el autor estudia la prohibición de la publicidad con comparación de precio propio, como una «medida de efecto equivalente» en el sentido del art. 30 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. (M.P.G.R.).

613. SCALISI, V.: «Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare», RDC, 1994, núm. 3, parte segunda, pp. 167-195.

Estudio relativo al comportamiento informativo que deben seguir los intermediarios financieros, según la naturaleza y circunstancias de las operaciones y del poder concedido para realizar su actividad. (R.D.R.).

614. SCHMIEDER, H. H.: «Neues deutsches Markenrecht nach europäischem Standard», NJW, 1994, pp. 1241-1247.

El nuevo Derecho alemán de marcas en el estándar europeo.

La oficina alemana de patentes celebra este año un aniversario: los cien años de su registro central de marcas en Alemania. En este momento se ha elaborado y está a punto de entrar en vigor la nueva ley de marcas que debe adaptarse a la Directiva sobre armonización de las correspondientes disposiciones nacionales. Pero ha de irse más allá de este concreto fin y emprender una reforma global del viejo y roto Derecho de marcas y del Derecho de marcas registradas existe hasta la fecha, que en una buena parte queda fuera de las disposiciones de la ley de Patentes, para elaborar un campo propio de reglas y beneficiarse con ello. El artículo muestra una panorámica sobre las más importantes modificaciones, tanto en el Derecho material de marcas, como en el procedimiento ante las autoridades registrales y judiciales que se ocupan de la protección de las marcas. (M.P.G.R.).

615. ULLMANN, E.: «Die Verwendung von Marke, Geschäftsbezeichnung und Firma im geschäftlichen Verkehr, insbesondere des Franchising», NJW, 1994, pp. 1255-1262.

La aplicación de marcas, rótulos de negocios y firmas en el tráfico jurídico, especialmente en el franchising. (M.P.G.R.).

616. WEIAND, G.: «*Rechtliche Aspekte des Sponsoring*», NJW, 1994, pp. 227-233.

El «sponsoring» es, a causa de su riqueza de facetas, una forma de comunicación de difícil comprensión, que en la práctica publicitaria se está desarrollando de modo importante, no sólo desde el punto de vista económico, sino también ganando una creciente importancia desde el plano jurídico. El autor del presente artículo describe el contenido y función del «sponsoring», califica jurídicamente el contrato de sponsor y trata del creciente significado del mismo en los campos del Derecho de autor, Derecho de la comunicación y Derecho de la competencia. (M.P.G.R.).

4. CONTRATOS MERCANTILES

617. AA.VV.: «*El contrato de seguro*», GP, 1994, núms. 159-160.

Número especial dedicado al contrato de seguro en varios artículos. (Aranda/Sierra).

618. BASCHET: «*Le savoir-faire dans le contrat de franchise*», GP, 1994, núms. 152-153, pp. 2-7.

El saber-hacer que podría traducirse por una habilidad adquirida por la experiencia, tiene hoy día una fundamentación en la «idea original» con un contenido concreto y unas condiciones. (Aranda/Sierra).

619. BRANDI-DOHM, M.: «*Softwareschutz nach dem neuen deutschen Urherberrechtsgesetz*», BB, 1994, pp. 658-662.

Para lograr la traspósición de la Directiva comunitaria de protección del software de 1991 al Derecho nacional, ha entrado en vigor el 24 de junio de 1993 la segunda ley sobre modificación del derecho de autor. Los autores estudian los fundamentos de orden funcional, material y otros para la futura protección del software. (M.P.G.R.).

620. BRIGUGLIO, A. R.: «“*Embargo iracheno*” e certezza del diritto comunitario», BBTC, 1994, II, parte seconda, pp. 168-171.

Efectos del reglamento de la CEE 7-12-92, que —a raíz del embargo dispuesto por las NU contra Irak en 1990— prohíbe el cumplimiento de las obligaciones frente a sujetos iraquíes. Comentario a sent. Trib. Padua 1-10-93 (C.J.D.).

621. BUONOCORE, V.: «*La direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 sulle “clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori” e la disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria (leasing, factoring e credito al consumo)*», BBTC, 1994, IV, parte prima, pp. 449-471.

Operaciones de intermediación financiera: ámbito de aplicación de una directiva comunitaria en materia de protección de los consumidores. (C.J.D.).

622. CAPRIGLIONE, F.: «*Essenzialità del termine ed usi di borsa nelle “european call options”*», BBTC, 1994, IV, parte prima, pp. 498-504.

Problemas de la práctica relativos al ejercicio del derecho de opción fuera del término fijado. (C.J.D.).

623. DI CHIO, G.-PECCATI, L.: «*Tasso annuo nominale (TAN) e “trasparenza” bancaria*», BBTC, 1994, I, parte prima, pp. 64-71.

Estudio de la normativa para la transparencia bancaria. (C.J.D.).

624. CIAN, G.: «*Disciplina della cessione dei crediti di impresa*», NLCC, 1994, núm. 2, pp. 245-264.

Comentario de la Ley de 21 de febrero de 1991, n. 52, relativa a la cesión de créditos de empresa, en relación con la normativa general de la cesión de créditos según los artículos 1.264, 1.265 y 1.267 del C.c. Irrelevancia del principio de tutela de la apariencia en conexión con los artículos 1.189 y 2.914, n. 2 C.c. (R.D.R.).

625. CONIO, E.: «Il patto derogatorio del regime legale del contratto di assicurazione previsto dal I.^o comma dell'art. 1.901 cod. civ.», NGCC, 1994, núm. 2, marzo-abril, parte prima, pp. 189-191.

Comentario a la sentencia Cass. 29-3-1993 n. 3771 referida al contrato de seguro. (A.R.G.).

626. COSTANZA, M.: «*Contratti bancari e riserva agli usi nota a Trib. Pavia 1 ottobre 1993*», GC, 1994, núm. 3, pp. I, 808-809. (R.D.R.).

627. CRESPI, A.: «*Pignoramento di crediti presso banche e rifiuto di atti d'ufficio*», BBYC, 1994, I, parte prima, pp. 1-9.

Deberes que, frente al acreedor del cliente, tiene la entidad de crédito que custodia la cantidad depositada por éste: Forma y circunstancias. Interpretación de los arts. 543 ss. c.p.c., en relación con el art. 388 c.p. (C.J.D.).

628. GASTINEL: «*La franchise internationale*», GP, 1994, núms. 152-153, pp. 8 y 25-26.

Estudio desde la perspectiva de las formas de internacionalización de la franquicia: directa, de filial o sucursal; filial con la marca o franquicia clásica; y las perspectivas en la evolución. (Aranda/Sierra).

629. GRAF VON WESTPHALEN, F.: «*Zusammenhang zwischen der Prospekthaftung und der Haftung aus der individuellen Anlageberatung*», BB, 1994, pp. 85-89.

El artículo plantea la responsabilidad del banco que ofrece productos financieros emitidos por otro banco, en relación con la forma (prospectos, propaganda, indicaciones, etc.) en que se muestra a sus clientes, cuestionándose la existencia de una eventual acción de regreso contra el banco emisor. (M.P.G.R.).

630. GRIMALDI: «*La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit*», RDS, 1994, núm. 28, pp. 219-224.

Constitución del cuasi-usufructo en los valores mobiliarios. Reserva en favor del donatario del cuasi-usufructo. (Aranda/Sierra).

631. KNOPS, K. O.: «*Rügepflicht beim Handelskauf und Leasingvertrag*», JUS, 1994, pp. 106-112.

Comentario a la sentencia del BGHZ de 24 de enero de 1990 que plantea el deber de saneamiento en la compraventa mercantil y el contrato de leasing. (M.P.G.R.).

632. LOFFREDO, E.: «*Osservazioni a Trib. Cagliari 15 marzo 1993, in tema di passaggio del rischio nelle operazioni di versamento di somme in conto corrente bancario*», BBTC, 1994, IV, parte segunda, pp. 444-446.

Transferencia de la propiedad del dinero depositado en cuenta corriente al banco, que asume el riesgo por la pérdida sin culpa de la suma. (C.J.D.).

633. MARTORANO, F.: «*Condizioni generali di contratto e rapporti bancari*», BBTC, 1994, II, parte prima, pp. 125-136.

Ponencia presentada en el Congreso sobre «Condiciones generales de la contratación y Directivas de la CEE», (28 mayo 1993, Universidad de Nápoles). (C.J.D.).

634. MASSONI, P.: «*La déclaration de créance par un préposé du créancier*», GP, 1994, núms. 72-74, pp. 2-5.

Estudio de la naturaleza jurídica del mandato que debe recaer en la persona que hace la declaración y de la prueba de este mandato. (Aranda/Sierra).

635. MONTALDO, F.: «*Notas a Cass. 27-10-1993 n. 10680*» NGCC, 1994, núm. 3, mayo-junio, parte prima, pp. 445-446.

En materia de responsabilidad del transportista en el contrato de transporte. (A.R.G.).

636. NAVARRA, B.: «*Sulla clausola “per conozcenza e garanzia”*», BBTC, 1994, II, parte seconda, pp. 232-236.

Responsabilidad del banco por pago de cheque cruzado a persona distinta de un cliente propio. (C.J.D.).

637. PERRONE, A.: «*Presentazione dell’assegno all’incasso e obblighi della banca trattaria*», BBTC, 1994, III, parte seconda, pp. 271-283.

Responsabilidad por incumplimiento del banco cuando retiene en depósito un cheque en espera de ulterior provisión. Efecto contractual de protección a terceros. (C.J.D.).

638. DE POLI, M.: «*L’efficacia probatoria del libretto di deposito a risparmio*», NGCC, 1994, núm. 1, enero-febrero, parte prima, pp. 16-19.

Comentario a la resolución de Cass. 4-3-1993 n. 2641 en materia de contratos bancarios. (A.R.G.).

639. QUEIROLO, I.: «*Clausole di deroga alla giurisdizione italiana contenute in polizza di carico non sottoscritta dal mittente*», NGCC, 1994, núm. 1, parte prima, pp. 172-176.

Anotación a la sentencia de Cass. 3-6-1992 n. 6787 en materia de contrato de transporte marítimo. (A.R.G.).

640. RESCIO, F.: «*Osservazioni a Trib. Napoli 18 luglio 1992, in tema di recesso ad nutum della banca dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato*», BBTC, 1994, II, parte seconda, pp. 206-218.

Validez de la cláusula por la que el banco se atribuye la facultad de resolver en cualquier momento la concesión de crédito, con la mera comunicación verbal, y exigir la devolución de la cantidad prestada en el plazo de un día. (C.J.D.).

641. SCHERMI, A.: «*Il leasing finanziario e la Convenzione internazionale di Ottawa 28 maggio 1988, resa esecutiva con l. 14 luglio 1993, n. 259-nota a Cass. 24 aprile 1993, n. 8919*», GC, 1994, núm. 3, pp. 1, 725-730. (R.D.R.).

642. SCIARRONE ALIBRANDI, A.: «*Osservazioni a Pret. Roma 4 novembre 1992 in tema di cessione dei crediti derivanti da un contratto autonomo di garanzia*», BBTC, 1994, II, parte seconda, pp. 238-244. (C.J.D.).

643. SCOTTI, S.: «*Profili penali dalla nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari*», BBTC, 1994, II, parte prima, pp. 200-214.

Tutela penal del cheque y Ley 386/1990. Emisión de cheque sin autorización. Cheque falso. Condición de procedibilidad. (C.J.D.).

644. THIEBART, P.: «*L’avance de la construction communautaire en matière de politique des transports*», GP, 1994, núms. 40-41, pp. 2-7.

Aun cuando la política comunitaria de transportes aparece ya en el Tratado de Roma, su desarrollo por los países miembros ha sido escasa, pero tras el Acta única ha tenido un gran impulso y es derecho aplicable desde el 1 de enero de 1993. Esta reglamentación comunitaria aplicable es la que el autor estudia en los distintos campos: marítimo, por carretera, ferrocarril y aire. (Aranda/Sierra).

5. DERECHO CAMBIARIO

645. ADEM M.: «*Die Haftung der einlösenden Bank bei abhandengekommenen Schecks*», NJW, 1994, pp. 413-417.

El artículo desarrolla la doctrina del principio de responsabilidad por el cobro de un cheque extraviado a través de un banco. Con ello se trata de demostrar que los fundamentos jurídicos que suministran los §§ 989 y 990 del BGB para estos casos no son

adecuados y que la doctrina del BGH sobre la normalidad en el tráfico del cheque en circulación se apoya en falsas aceptaciones. (M.P.G.R.).

646. GIANNELLI, G.: «*Sconto di tratte non accettate e pagamento da parte del trattario alla banca dopo l'ammissione del traente a concordato preventivo*», BBTC, 1994, III, parte seconda, pp. 341-363.

Lesión de la *par condicio creitorum* y legitimación para repetir el pago frente al banco. (C.J.D.).

6. DERECHO CONCURSAL

647. BLANDINI, A.: «*Revocatoria fallimentare e gruppo creditizio*», BBTC, 1994, I, parte prima, pp. 57-63.

El autor contempla la posibilidad de ejercitar la acción revocatoria entre sociedades del mismo grupo en crisis (d.lgs 20 nov./90, n. 356, art. 33.5). Intervención en la convención sobre «Entidades de crédito y revocatoria de la quiebra», (Nápoles, 10 mayo 1993). (C.J.D.).

648. BONTEMPI, P.: «*La revocatoria fallimentare dell'alienazione della quota di s.n.e. regolare*», NGCC, 1993, núm. 6, nov.-dic., parte prima, pp. 916-932.

Nota a la sentencia de Casación de 26-1-1993 n. 950 sobre la acción revocatoria de quiebra de un acto de cesión de cuotas de sociedades en nombre colectivo regular por parte de un sujeto declarado en quiebra. (A.R.G.).

649. LO CASCIO, G.: «*Ancora sul conto corrente bancario intrattenuto dal fallito per l'esercizio di una nuova attività d'impresa - nota a Cass., sez. un., 10 dicembre 1993, n. 12159*», GC, 1994, núm. 3, pp. I, 668-671. (R.D.R.).

650. LO CASCIO, G.: «*Inapplicabilità della prelazione del conduttore alle vendite eseguite in sede di liquidazione giudiziale del concordato preventivo - nota a Cass. 14 gennaio 1994, n. 339*», GC, 1994, núm. 6, pp. I, 1546-1550. (R.D.R.).

651. LO CASCIO, G.: «*La dichiarazione di fallimento dell'associazione non riconosciuta e degli associati - nota a Cass. 18 settembre 1993, n. 9589*», GC, 1994, núm. 1, pp. I, 73-76. (R.D.R.).

652. COLUSSI, V.: «*Societá di fatto fra coniugi*», NGCC, 1994, núm. 2, marzo-abril, parte prima, pp. 219-221.

Comentario a la sentencia del Trib. Pordenone de 8-4-1993 sobre extensión de la quiebra al cónyuge del empresario en cuanto aparece probada la existencia de una relación de sociedad entre los cónyuges. (A.R.G.).

653. DERRIDA/SORTAIS: «*Redressement et liquidation judiciaires: le représentant des créanciers et l'action paulienne*», RDS, 1994, núm. 13, pp. 175-177.

Nota a la sentencia de la corte de casación comercial de 30 de noviembre de 1993. (Aranda/Sierra).

654. FELICE CENSONI, P.: «*La conversione dei fallimenti delle società "collegate" con società fiduciarie*», NLCC, 1994, núm. 2, pp. 290-297.

Comentario a la sentencia de la Corte constitucional de 18 de enero de 1991, n. 19, sobre quiebra de sociedad conectada con sociedad fiduciaria. (R.D.R.).

655. FERRARI, M.: «L'irrevocabilità di una cessione di credito IVA: un mutamento di indirizzo nella giurisprudenza di merito», BBTC, 1994, IV, parte seconda, pp. 429-437.

Comentario a la sentencia Trib. Milán 16-12-1993, sobre revocación de un acto de cesión de crédito para reembolso de impuestos. (C.J.D.).

656. FRANCO, G.: «Sul termine per la riapertura del fallimento - osservazione a Cass. 25 novembre 1993, n. 11654», GC, 1994, núm. 2, pp. I, 345-347. (R.D.R.).

657. FRANCO, G.: «Rimedi avverso il decreto che ordina l'integrazione del deposito nel concordato preventivo - osservazione a Cass. 21 ottobre 1993, n. 10429», GC, 1994, núm. 6, pp. I, 1613-1617. (R.D.R.).

658. FRANCO, G.: «Declaratoria di nullità della sentenza di fallimento e poteri della Corte d'Appello - osservazione a Cass. 8 gennaio 1994, n. 145», GC, 1994, núm. 4, pp. I, 922-924. (R.D.R.).

659. FRANCO, G.: «Sui decreti di liquidazione di acconti sul compenso al curatore di fallimento - osservazione a Cass. 25 settembre 1993, n. 9721», GC, 1994, núm. 4, pp. I, 994-997. (R.D.R.).

660. FRANCO, G.: «Vicende del conto corrente bancario aperto dal fallito in pendenza del fallimento - osservazione a Cass. 7 agosto 1993, n. 8567», GC, 1994, núm. 4, pp. I, 1020-1023. (R.D.R.).

661. GIOANNI: «La cessation des paiements dans l'infraction de banqueroute», RDS, 1994, núm. 7, pp. 53-57. (Aranda/Sierra).

662. MANGANO, R.: «Il mandato irrevocabile all'incasso: problemi di qualificazione funzionale ai fini dell'esercizio della revocatoria», BBTC, 1994, III, parte seconda, pp. 326-338.

Tratamiento de la revocación del mandato de ingreso en favor del tercero. Norma especial para la revocación del pago hecho por medios anormales (art. 67.2 1.fall.). (C.J.D.).

663. MONTAGNANI, C.: «Sulla "compatibilità" delle deliberazioni assembleari», RDC, 1994, núm. 3, parte segunda, pp. 197-277.

Artículo referido a la competencia y compatibilidad de las decisiones tomadas por el órgano asambleario de sociedades afectadas por quiebra, o en proceso de disolución y liquidación. (R.D.R.).

664. PAPA, A.: «La nuova disciplina della revocatoria fallimentare degli atti a titolo gratuito tra coniugi», BBTC, 1994, III, parte seconda, pp. 248-265.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional, de 19 de marzo 1993. Questionada la constitucionalidad del artículo 69 de la ley de quiebras, se reconstruye la doctrina de la revocación de actos de liberalidad entre cónyuges. (C.J.D.).

665. PASTUREL: «Redressement et liquidation judiciaires: excés de pouvoir ou violation d'un principe essentiel de procédure. Les tempéraments jurisprudentiels aux limitations des voies de recours», RDS, 1994, núm. 23, pp. 325-326.

Nota a la sentencia de casación comercial de 25 de enero de 1994. (Aranda/Sierra).

666. PETTARIN, G. G.-PONTI L.: «Effetti del fallimento sul possesso dei beni del fallito da parte de terzi», NGCC, 1994, núm. 3, mayo-junio, parte prima, pp. 381-383.

Comentario a la resolución de Cass. 23-4-1993 n. 4776 en relación con los efectos que la declaración de quiebra puede tener respecto a la posesión que ejerciten terceros sobre bienes pertenecientes al patrimonio del quebrado. (A.R.G.).

667. PONTI, L.: «Nota a Cass. 21-4-1993 n. 4712», NGCC, 1994, núm. 2, marzo-abril, parte prima, pp. 225-228.

Comentario a tal sentencia relacionada con la acción revocatoria de quiebra y efectos sobre los actos perjudiciales a los acreedores. (A.R.G.).

668. RUFINI, D.: «Revocatoria delle rimesse in conto corrente: l'“onorevole compromesso” non è accettabile», BBTC, 1994, IV, parte seconda, pp. 404-411.

Condiciones para predicar la naturaleza solutoria del depósito en cuenta corriente bancaria, a los efectos del art. 67.2.^o *legge fallimentare*. Determinación del momento a partir del cual el titular de la cuenta puede disponer de la suma acreditada a su favor. (C.J.D.).

669. DEL SARTO, R.: «Sulla competenza in caso di giudizio ordinario per il recupero di un credito del fallito e di domanda riconvenzionale per la partecipazione al concorso - nota a Trib. Roma 7 giugno 1993», GC, 1994, núm. 4, pp. I, 1116-1118. (R.D.R.).

670. SPADA, L.: «Osservazioni a Trib. Milano 16 gennaio 1992, in tema di decorrenza dei termini per le azioni revocatorie in caso di dichiarazione di fallimento consecutiva a concordato preventivo o ad amministrazione controllata», BBTC, 1994, I, parte seconda, pp. 90-93. (C.J.D.).

671. STEFANI, R.: «Sulla esperibilità dell'esecuzione fondiaria in pendenza di fallimento - nota a Trib. Lucca 24 marzo 1992», GC, 1994, núm. 1, pp. I, 275-279. (R.D.R.).

672. VIGO, R.: «Osservazioni a App. Milano 2 febbraio 1993, in tema di azione revocatoria fallimentare contro il pegno irregolare sul del conto corrente», BBTC, 1994, IV, parte seconda, pp. 422-424.

Efecto de la compensación de créditos en cuenta corriente, con respecto a la acción revocatoria. (C.J.D.).

ABREVIATURAS

AcP:	Archiv für die civiliztische Praxis.
Archiv. Giur.:	Archivo Giurídico.
BB:	Betriebs Berater.
BBTC:	Banca, Borsa e Titoli di credito.
DFP:	Il Diritto di famiglia e delle persone.
Dir. Aut.:	Ul Diritto di autore.
GC:	Giustizia Civile.
GP:	Gazette du Palais.
JZ:	Juristen Zeitung.
LC:	Loyer et copropriété.
LGCC:	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata.
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift.
NLCC:	Le nuove Leggi Civile Commentate.
RDC:	Rivista di Diritto Civile.
RDI:	Revue de Droit Immobilier.
RIDC:	Revue Internationale de Droit Comparé.
RTDC:	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
SJ:	La Semaine Juridique.
ZHR:	Zeitschrift für das gesante Handels und Wirtschaftsrecht.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SENTENCIAS

A cargo de: Encarna ROCA TRÍAS
Colaboran: Ramón CASAS VALLÉS
Isabel MIRALLES GONZÁLEZ
Mònica VILASAU SOLANA

1. STC 3/1993, de 14 de enero. BOE de 12 de febrero. CI. Ponente: De la Vega Benayas. Norma cuestionada: Art. 162.2 de la Ley general de la Seguridad Social (TR D. 2065/1974, de 30 de mayo). Decisión del TC: Declarar inconstitucional el inciso del artículo citado, en cuanto excluye a hijos y hermanos. Conceptos: Derecho al trabajo y seguridad social. Igualdad ante la ley en relación a prestaciones discriminatorias por razón de sexo. Remoción de obstáculos y discriminación encubierta. Preceptos de referencia: Arts. 9.º2, 14, 35.1 y 41 CE

Se cuestiona la constitucionalidad del art. 166.2 Ley General de la Seguridad Social que reconoce el derecho a percibir determinadas prestaciones únicamente a las hermanas e hijas del causante. Si bien hay que tener en cuenta que el mencionado precepto ha sido modificado por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, la cuestión planteada sigue teniendo trascendencia en la medida en que la nueva norma carece de efectos retroactivos (FJ 1).

Podría alegarse que el art. 162.2 LGSS cabe interpretarlo a la luz del art. 9.º2 CE, y que su finalidad es la de remover los obstáculos que impiden la efectiva igualdad entre hombre y mujer. Sin embargo, dicha redacción obedece más bien a una política paternalista que trata de reparar las consecuencias perjudiciales que tiene para la mujer el hecho de ser relegada a las tareas domésticas. Señala el TC que el privilegio instituido en favor de la mujer se revela como una forma encubierta de discriminación que se vuelve en contra de ella (FJ 3).

A parte de esta función tuitiva, no se puede olvidar que la finalidad última de este precepto es la de solventar la situación de necesidad en que quedan la hermana y la hija que han dependido económicamente del causante. Obviamente dicho estado de necesidad puede afectar también a familiares del sexo masculino, por lo que el TC aprecia una manifiesta con-

culcación del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE en la medida en que no se constata la existencia de una causa objetiva y razonable que justifique la diferenciación (FJ 4).

El TC considera que este supuesto admite cierta comparación con el del cónyuge viudo excluido de la pensión de viudedad en virtud del art. 160.2 LGSS y declarado inconstitucional por la STC 103/1983. En ambos casos el factor diferencial en el tratamiento jurídico del acceso a la pensión reside en el sexo.

2. STC 5/1993, de 14 de enero. BOE de 12 de febrero. CI. Ponente: Gabaldón López. Norma cuestionada: DA 3.^a de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Decisión del TC: Declarar que el inciso «desde la fecha del siniestro» de la Disposición citada no es inconstitucional. Conceptos: Recargo de intereses para el asegurador. Derecho a la tutela judicial. Preceptos de referencia: Art. 24 CE.

La DA cuya adecuación a la Constitución se discute establece que las indemnizaciones que deban satisfacerse como consecuencia del seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor devengarán un interés anual del 20 por 100 a favor del perjudicado desde la fecha del siniestro si no fueran satisfechas o consignadas judicialmente dentro de los tres meses siguientes a aquella fecha. Se cuestiona si esta disposición vulnera el art. 24 CE en la medida que en la práctica es de muy difícil cumplimiento dada la dificultad que entraña conocer, antes de que transcurran los tres meses establecidos por la norma, la cantidad que debe satisfacerse (FJ 1).

El TC señala que el recargo establecido no impide ni dificulta el acceso al proceso y obedece a razonables finalidades de tutela de bienes e intereses constitucionales protegidos. En la medida que el perjudicado por el siniestro habrá de reclamar posteriormente la indemnización si ésta no ha sido voluntariamente satisfecha, el recargo establecido actúa como contrapartida del perjuicio que para aquél significa la necesidad de litigar. Se trata por lo tanto, de estimular la diligencia del asegurador a la reparación de los daños de los que debe responder, evitando así reclamaciones judiciales innecesarias (FJ 2). En cuanto a la determinación de la cuantía que debe satisfacerse, es al asegurador a quien corresponde una actuación diligente para establecer pericialmente la cuantía del daño (FJ 3).

3. STC 6/1993, de 18 de enero. BOE de 12 de febrero. RA. Ponente: Gimeno Sendra. Estimado. Conceptos: Igualdad. Subrogación arrendaticia y convivencia de hecho. Necesidad de prueba. Preceptos de referencia: Arts. 14 CE y 58.1 LAU.

Al parecer el recurrente había convivido 37 años con la titular arrendaticia (sin estar casados) y al fallecimiento de ésta se instó y se obtuvo

la resolución del contrato al no tener encaje las uniones de hecho (en opinión de la instancia) en el artículo 58 LAU (subrogación entre parientes).

El TC parte de la doctrina sentada en su anterior sentencia 222/1992, en la que declaró la inconstitucionalidad del artículo 58.1 de la vigente LAU en la medida en que excluía del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien, sin matrimonio, hubiera convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido. Por tal razón el TC anula las sentencias impugnadas. Pero, al propio tiempo, destaca que la convivencia «si bien es presumible en el matrimonio (arts. 69 y 102.1 del Código Civil), necesita de prueba al margen de él» (FJ 3). En el caso de autos, al no haberse demostrado este extremo de forma suficiente, el TC niega el derecho a subrogarse, limitándose a retrotraer los autos al momento anterior a la primera sentencia.

4. STC 13/1993, de 18 de enero. BOE de 12 de febrero. RA. Ponente: Gimeno Sendra. Desestimado. Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva e inadmisión de recurso de casación en retracto arrendaticio. Preceptos de referencia: Arts. 24 CE y 135 LAU.

El objeto del recurso de amparo consiste en determinar si el Auto del TS que deniega la preparación del recurso de casación interpuesto por los demandantes de amparo en un juicio de retracto seguido contra ellos, vulnera la tutela judicial efectiva. Se alega que el TS denegó la preparación del recurso de casación en base a la aplicación errónea del art. 135 LAU y sin tener en cuenta que a los procesos de retracto les es de aplicación el art. 1.687.3 LEC (FJ 2).

El TC recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la utilización de los recursos legalmente previstos contra las resoluciones de los órganos judiciales, incluido el recurso de casación. Infringe este derecho cualquier decisión de inadmisión de un recurso que no se funda en la aplicación razonada y razonable de una causa legal de inadmisibilidad (FJ 3).

El TC estima que la cuestión planteada es de estricta legalidad ordinaria y por lo tanto carece de relevancia constitucional. En primer lugar la determinación de la legislación aplicable compete en exclusiva a los órganos de la jurisdicción ordinaria. En segundo lugar la interpretación realizada por el TS no es irrazonable o errónea. Del texto de la Ley 34/1989, modificativa de la LEC, no se deduce con toda evidencia la posibilidad de interponer recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Audiencia en los juicios de retracto arrendaticio tramitado de conformidad con lo dispuesto en la LAU (FJ 4).

5. STC 15/1993, de 18 de enero. BOE de 12 de febrero. RA. Ponente: Gimeno Sendra. Estimado. Conceptos: Honor y libertad de in-

formación. «Cartas al director». Relevancia y veracidad de los hechos.
Preceptos de referencia: Art. 20 CE.

El recurso de amparo tiene su origen en una «carta al director», con firmante desconocido, en la que, bajo el título «El regidor Crema-Banderas», se decía que un Concejal se jactó públicamente en un discurso de haber quemado banderas españolas.

El aludido presentó denuncia por calumnias, siendo condenado el director del periódico como autor de un delito de injurias graves, lo que provocó el consiguiente recurso de amparo.

Siguiendo la línea de sentencias anteriores, y una vez centrado el conflicto en la libertad de información, el TC fija su atención en la relevancia de la misma y en la veracidad de los hechos relatados.

1.^º Con relación a la relevancia pública de la información: «es evidente que el hecho puede ser considerado noticioso o noticiable a nivel local y por tanto contenido de la libertad de información [...] Es más, las circunstancias que rodean el caso y, en especial, el tratarse de unas declaraciones públicas de una persona también pública, hacen que tengamos que concluir que nos encontramos ante uno de los supuestos en los que la libertad de información actúa en grado preferente frente al derecho al honor de la persona que es objeto de la referida información (entre otras, SSTC 107/1988 y 51/1989)» (FJ 2).

2.^º Con relación a la veracidad: «cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan ser erróneas o sencillamente no probadas en juicio, cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador a quien se puede y se debe exigir que lo que transmite como hechos haya sido contrastado con datos objetivos, privando así de la garantía constitucional a quien defraudando el derecho de todos a la comunicación actúe con menoscabo de la veracidad o falsedad de lo comunicado» (*vid.* SSTC 8/1988 y 105/1990) (FJ 2). En este caso se entendió que el recurrente había actuado de forma diligente (... entre otras cosas porque había estado presente en el acto en que se produjeron los hechos narrados en la carta).

Finalmente la sentencia se pronuncia sobre el distinto grado de control exigible al director de un medio en relación con los escritos de sus colaboradores y aquellos otros que puedan remitir los lectores: «Los directores de los medios informativos no adquieren la misma responsabilidad por la publicación de los escritos elaborados por los profesionales que en ellos trabajan que por los contenidos de los enviados por los lectores a las secciones destinadas a recoger opiniones e informaciones en principio ajenas a la línea editorial de los medios. Ello no quiere decir que en estos supuestos los directores no puedan asumir responsabilidades, pero sí al menos que la diligencia profesional exigible a efectos de veracidad disminuye en relación al contenido de las informaciones elaboradas por los profesionales del medio» (FJ 2).

6. STC 24/1993, de 21 de enero. BOE de 24 de febrero. CI. Ponente: Viver i Pi-Sunyer. Norma cuestionada: Art. 8.º1 CP. Decisión del TC: Declarar la constitucionalidad de dicho precepto. Conceptos: Enajenación mental y medidas de seguridad, principio de igualdad ante la Ley, privación de libertad, presunción de inocencia y principio de legalidad penal en relación con las medidas de seguridad. Preceptos de referencia: Arts. 14, 17, 24 y 25 CE.

Se cuestiona la constitucionalidad del art. 8.º1 CP en la medida en que podría violar los arts. 14, 17, 24 y 25 CE.

Establece el TC que el criterio determinante para la adopción de las medidas de seguridad previstas para los enajenados es el de su peligrosidad, y no la gravedad del acto delictivo cometido. Su adopción por lo tanto no tiene una finalidad sancionadora sino preventiva (FJ 2).

La posible violación del art. 14 CE se fundamenta en que el enajenado declarado inimputable se encuentra en situación de discriminación respecto del no enajenado. Mientras que este último conoce previamente a la comisión de un delito la pena que le corresponde, el primero la ignora. Asimismo, mientras que la pena está en proporción a la gravedad del delito, en las medidas de seguridad falta dicha proporción (FJ 3).

La relativa indeterminación tanto del tipo de medida que debe adoptarse como su duración responden a que su aplicación depende de un hecho aleatorio: la evolución de la enfermedad. Por lo tanto, según el TC no existe una violación del art. 14 CE en la medida en que resulta justificado y razonable tratar penalmente de forma distinta a las personas enajenadas y a las que no lo son (FJ 3).

El segundo de los motivos en que se basa la cuestión es la presunta infracción del art. 24 CE. Según su promotor el art. 8.º1 CP parte de una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad del enfermo mental autor de un delito. El TC estima que el precepto cuestionado no vulnera el derecho a la presunción de inocencia en la medida en que el art. 8.º1 CP no obliga a adoptar las medidas sin investigación alguna y sin expresa declaración sobre la peligrosidad del enajenado. Además, indica el TC, que el CP «de una parte, permite al Juez o Tribunal adoptar la medida que estime más apropiada a la enfermedad del acusado, y, de otra, no sólo no presume que la enfermedad mental persista indefinidamente, sino que prevé posibles cambios en la situación del enajenado [...]» (FJ 4).

La duda acerca de la constitucionalidad del art. 8.º1 CP se ha planteado también en relación con los arts. 17 y 25 CE. Se hace referencia a la falta de proporcionalidad existente entre las medidas de seguridad previstas y la peligrosidad y el grado de remisión de la enfermedad del enajenado. El TC establece que «la redacción actual del art. 8.º1 CP permite, con una correcta aplicación judicial del mismo, que el internamiento o cualquier otra de las medidas de seguridad previstas en ningún caso sea arbitrario o desproporcionado» (FJ 5).

En cuanto a la posibilidad de decretar un internamiento de duración indeterminada, el TC sienta que el precepto cuestionado no consagra una privación de libertad indefinida. Corresponde a los Tribunales hacer los controles a fin de comprobar si ha cesado el estado que motivó la adopción de la medida de seguridad. Reitera el TC que el art. 8.º1 CP hace posible adecuar las medidas de seguridad adoptadas al grado de remisión de la enfermedad (FJ 5).

7. STC 34/1993, de 8 de febrero. BOE de 11 de marzo. RA. Ponente: Gimeno Sendra. Desestimado. Conceptos: Potestad jurisdiccional y cumplimiento de sentencias. Preceptos de referencia: 24.1 y 117.3 CE.

El problema tiene su origen en la resolución por falta de pago, del contrato de arrendamiento de un local-vivienda. El recurso de amparo dimana del proceso seguido para ejecutar la sentencia de desahucio, ya que habiéndose recurrido el lanzamiento y no cabiendo recurso contra el Auto que lo dejó sin efecto, no es posible la ejecución de la Sentencia.

El Tribunal Constitucional considera que la ejecución de la sentencia es un efecto consustancial a la cosa juzgada que «por obra del artículo 117.3 alcanza una dimensión constitucional y que se proyecta sobre el derecho a la tutela del artículo 24», confiriendo a su titular un derecho fundamental que resulta de «capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución (STC 67/1984, FJ 2.º)» (FJ 3).

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comporta la obligatoriedad de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Juzgados y Tribunales, tal y como dispone el artículo 118 CE, y tiene declarado la jurisprudencia constitucional desde las SSTC 32/1982 (FJ 2), 26/1983 (FJ 2 y 3) y 33/1986 (FJ 2).

En este mismo sentido pueden verse las SSTC 153/1992 (FJ 4) y 41/1993 (FJ 1).

8. STC 42/1993, de 8 de febrero. BOE de 11 de marzo. RA. Ponente: Gabaldón López. Desestimado. Conceptos: Igualdad ante la ley y cambios de criterio. Si responden a una línea doctrinal y no constituye un supuesto aislado, no puede hablarse de vulneración del derecho de igualdad. Preceptos de referencia: 14 CE.

Se plantea en este recurso si la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha lesionado el derecho de la recurrente a la igualdad en la aplicación de la Ley —art. 14— en la medida en que tal órgano se ha desviado de anteriores decisiones judiciales.

El TC considera que, para que pueda determinarse la desigualdad en la aplicación de la Ley, es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos. Así, en primer lugar, que las decisiones en contraste —la resolución impugnada y las ofrecidas como término de comparación— hayan sido dic-

tadas por el mismo órgano judicial; además, que tales decisiones recaigan sobre casos o supuestos conflictivos esencialmente idénticos —igualdad sustancial de los casos prefigurada por la semejanza de hechos básicos y de la normativa aplicable—; y por último, que la solución o decisión innovadora se aparte de la doctrina anterior sin explicación razonada al respecto, es decir, sin fundamentación que justifique el cambio de criterio. Para la valoración de tales presupuestos es decisivo tener en cuenta que «No compete a este Tribunal ni sustituir al juzgador ordinario en su apreciación de las diferencias que unos y otros casos puedan mostrar —SSTC 183/1985 y 30/1987— , ni determinar *cuál de las dos resoluciones es la correcta en Derecho*» (FJ 2).

El TC hace además especial mención al dato de que se trata de una línea de resolución mantenida y reiterada. En este sentido manifiesta —para negar la existencia de arbitrariedad y por consiguiente de quiebra de la igualdad— que la Sentencia recurrida «no aparece como una resolución aislada que irreflexiva o arbitrariamente cambió de modo ocasional e inesperado una línea mantenida sin contradicción relevante, sino que, muy al contrario, reproduce el criterio ya formulado en otras anteriores; de lo cual se desprende la existencia de dos criterios distintos que alternan y representan concepciones jurídicas también diferentes pero ambas razonadas y fundadas» (FJ.5).

Puede verse en el mismo sentido las SSTC 71/1993 de 1 de marzo (BOE 1 de abril), 90, 91, 92 de 15 de marzo de 1993 (BOE 15 de abril).

9. STC 47/1993, de 8 de febrero. BOE de 11 de marzo. RA. Ponente: González Campos (voto particular de Rodríguez Bereijo y otro de Gabaldón López). Estimado. Conceptos: Derecho a la vivienda en relación con convivencia *more uxorio*. Protección de la familia. Preceptos de referencia: Artículos 14, 39.1 y 47 CE en relación con el 58 LAU.

El problema que se plantea en el presente recurso —resolución del contrato de arrendamiento por muerte del arrendatario, y subrogación en favor del conviviente *more uxorio*— ha sido ya planteado y resuelto por la sentencia 222/1992 y en el mismo sentido decidido por la STC 6/1993 (incluida en este número).

Quizá de esta sentencia lo único destacable sean los votos particulares, en los que junto a los argumentos ya utilizados en la STC en la que se determinó la inconstitucionalidad del art. 58.1 de la LAU, reflexionan sobre la ilegalidad de aprovecharse de «la pretendida equiparación constitucional de la unión de hecho *more uxorio* con la unión matrimonial, a los solos efectos del derecho de subrogación arrendaticia, pero sin sufrir los inconvenientes».

Hay que aclarar que quedó probado que los convivientes no contrajeron matrimonio a fin de que los hijos de la mujer pudieran —como hijos de viuda— liberarse del servicio militar.

La conducta del recurrente fue calificada de maliciosa y se agrava según la opinión de los magistrados disidentes, desde el momento en que aquel sólo intenta aprovecharse de los posibles efectos positivos de la equiparación, en su beneficio, cuando ha evitado el matrimonio para eliminar sus cargas.

10. STC 88/1993, de 12 de marzo. BOE de 15 de abril. RI. Ponente: Rodríguez Bereijo (Voto particular de Viver i Pi-Sunyer y otro de González Campos). Norma impugnada: Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos. Decisión del TC: Desestimar el recurso de inconstitucionalidad. Conceptos: Legislación civil. Competencias autonómicas en materia de filiación. Filiación adoptiva y derechos sucesorios. Preceptos de referencia: Art. 149.1.8 CE en relación con la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos.

Se presentó recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón , sobre equiparación de los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza, por el que se da contenido al artículo 19.1 de la Compilación del Derecho civil aragonés.

Hay que hacer constar, como expresamente recoge el FJ.1a) de la STC, que «la referida Compilación no contenía antes de su modificación por esta Ley precepto alguno atinente, de modo expreso y directo, a la adopción y a sus efectos, si se exceptúa la mención a los hijos adoptivos que, a propósito de la sucesión paccionada, recoge su artículo 99.1».

El recurso se promueve con invocación de la exclusiva competencia estatal en orden a la «legislación civil», según dispone el art. 149.1.8 CE. Ésta es la norma que al decir de la Abogacía del Estado, habría resultado contrariada por la ley que se impugna ya que dicha regulación no podría entenderse —por exceso competencial— como ejercicio de la correlativa competencia autonómica, *ex art. 35.1.4 EAA*, que se limita a la «conservación, modificación y desarrollo del derecho civil aragonés».

La reserva competencial en favor del legislador estatal tiene por finalidad delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del artículo 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho (FJ 1).

Que no estamos ante un supuesto de «conservación» de aquel derecho es cosa bien patente. *El concepto constitucional de «conservación... de los derechos civiles, forales o especiales»* permite la integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (STC 121/1992, fundamento jurídico 1.^º), pero

ninguna de estas operaciones normativas es aquí reconocible. Lo que la Constitución permite es el mantenimiento del Derecho civil propio, de modo que la mera invocación a los precedentes históricos por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE (FJ 2).

Tampoco la Ley impugnada puede considerarse como «*modificadora*» del Derecho especial aragonés preexistente, visto que en el mismo no se contenía regla alguna sobre la adopción y sus efectos, y ello pese a que la propia Ley se presente, en su título, como norma que «*modifica el artículo 19.1 de la Compilación*».

Mayor detenimiento exige la determinación de si esta Ley puede ser considerada como «*desarrollo*» de aquel derecho propio. «La Constitución permite que los derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de “conservación” y “modificación”, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término “allí donde existan” a que se refiere el artículo 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas» (FJ 3).

El «desarrollo» de los derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar.

En definitiva, concluye el Tribunal entendiendo que: «existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no

puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón» (FJ 3).

11. STC 92/93, de 15 de marzo. BOE de 15 de abril. RA. Ponente: López Guerra. Desestimado. Conceptos: Cláusula de revisión de renta en el arrendamiento. Cambio de criterio judicial posterior a la resolución. Consecuencias de la cosa juzgada. Preceptos de referencia: Arts. 14 y 24.1 CE.

En un contrato de arrendamiento de local de negocio se preveía la revisión anual de la renta, pero únicamente al alza y no a la baja. En el proceso correspondiente se declaró la nulidad de dicha cláusula.

Como consecuencia de un cambio en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la hoy recurrente en amparo presentó nueva reclamación (de aumento de renta) que fue desestimada aplicando la excepción de cosa juzgada (en idéntico sentido y formulada por la misma recurrente STC 242/92) (FJ 2).

El TC insiste en que, en cualquier caso, «compete al órgano jurisdiccional determinar el alcance que ha de atribuirse a la cosa juzgada en un concreto proceso, determinación que ha de ser respetada en esta sede de amparo siempre que se haya efectuado sin incongruencia ni arbitrariedad» (FJ 3).

Respecto a la infracción del derecho de igualdad del artículo 14 CE, el Tribunal reproduce la fundamentación expuesta en la STC 242/1992, ya que en la demanda de amparo que dio lugar a aquella Sentencia, y en la enjuiciada en la presente resolución, la recurrente ejercita idéntica pretensión: que se iguale su situación con la de todas aquellas personas a las que, por no haber litigado en un momento anterior —en el que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia era otra— no les fue declarada la nulidad de la cláusula de actualización de la renta, como ocurrió en su caso. Esta queja no es admisible en opinión del TC ya que «el juzgador está sujeto a la ley, no a sus precedentes, por lo que no puede considerarse inconstitucional la evolución en la interpretación judicial de la legalidad, que constituye, junto con la modificación normativa, uno de los instrumentos para la adaptación del Derecho a la realidad cambiante —STC 48/1987—» (FJ 4).

Como ha declarado este Tribunal, *la desigualdad sólo puede pretenderse en relación con decisiones o criterios sentados con anterioridad, pero no con los que puedan producirse en el futuro*. (STC 188/1987) (FJ 4).

12. STC 95/93, de 22 de marzo. BOE de 27 de abril. RA. Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Voto particular de De la Vega Benayas). Desestimado. Conceptos: Congruencia de las sentencias. Igual-

dad ante la ley y cambio de criterio en la jurisprudencia. Preceptos de referencia: Arts. 14 y 24.1 CE.

Nos ha parecido importante incluir esta sentencia por las precisiones que en sede de interpretación de las normas, concretamente en el tema de plazos de ejercicio de las acciones, formula el TC.

El recurrente alega la falta de claridad de la normativa aplicable en materia de prescripción de las acciones, falta de claridad que dio lugar a vacilaciones y contradicciones en la jurisprudencia.

El TC considera que «no puede hablarse de una aplicación retroactiva de la normativa ordenadora de la prescripción, porque la unificación de criterios sobre la selección de la norma aplicable, haya descartado la corrección jurídica de una interpretación anterior. *No es que, el órgano judicial haya optado por la interpretación menos favorecedora del más pleno ejercicio del derecho fundamental, sino que ha hecho decir a la norma lo que la norma desde un principio decía*» (FJ 3)

En el voto particular formulado por D. Carlos de la Vega Benayas se hace entre otras interesantes observaciones la siguiente: Dentro del terreno de obstáculos al libre acceso a la justicia o si se prefiere verlo así, a la obtención de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, pertenece la *materia de los plazos de prescripción y caducidad de los derechos*, que, aunque a primera vista parece pertenecer al sector jurídico de carácter no procesal y que por ello pudiera pensarse que son ajenos al marco del derecho fundamental que aquí estamos examinando, *pueden constituir obstáculos a la satisfacción del derecho*, como en la STC 164/1986 se puso de manifiesto, a propósito del plazo de caducidad para promover un proceso judicial en materia de sanciones laborales» (STC 158/1987, FJ 4).

Es cierto que, como se dijo en las SSTC 47/1989 y 262/1988, entre otras, el derecho fundamental ex artículo 24.1 CE «*no prejuzga la interpretación que haya de darse a las reglas de la prescripción de derechos, pero sí exige que los plazos de esta última se computen de tal forma que permitan a su titular el efectivo ejercicio del derecho correspondiente*» (FJ 3).

13. STC 123/93, de 19 de abril. BOE 25 de mayo. RA. Ponente: Díaz Eimil. Desestimado. Conceptos: Derecho a comunicar y a recibir información. Veracidad de la información. Libertad de expresión. Preceptos de referencia: Art. 20.1.d) CE.

Con motivo del asesinato de un abogado, se realizaron por encargo de «Diario 16», una serie de reportajes en los que adentrándose en la vida privada del fallecido se publicaron numerosos datos innecesarios y perjudiciales para el buen nombre del difunto. El autor de los reportajes fue condenado como autor de un delito de injurias graves con publicidad, sentencia que recurre en amparo por entender vulnerado su derecho a la libertad de expresión y a comunicar libremente información.

La libertad de expresión (*vid. STC 6/1988*), tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio en el que deben incluirse las creencias y los juicios de valor; en cambio, el derecho a comunicar información versa sobre hechos que puedan considerarse noticiables. Ocurre, sin embargo, que en la realidad es frecuente que los elementos de una y otra significación aparezcan entremezclados, siendo en tales supuestos obligado atender al elemento que aparezca como preponderante (FJ 3).

Sobre la *veracidad de la información*, este Tribunal Constitucional ha establecido una consolidada doctrina (SSTC 6/1988, 171/1990, 219/1992 y 240/1992, entre otras), que considera que «la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que impone al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad. La información rectamente obtenida y razonablemente contrastada es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afectan a la esencia de lo informado. Por el contrario, hay que negar la garantía constitucional a quienes actúen con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, transmitiendo como hechos, simples rumores carentes de toda constatación o meras opiniones gratuitas que, realmente, son insinuaciones insidiosas» (FJ 4).

14. STC 155/93, de 3 de mayo. BOE de 28 de mayo. RI. Ponente: Díaz Eimil (Voto particular de Viver i Pi-Sunyer). Norma impugnada: Diversos preceptos de la Ley 13/89, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito. Decisión del TC: Estimar parcialmente el recurso. Conceptos: Bases de ordenación del crédito. Derecho supletorio. Preceptos de referencia: Arts. 129.2, 149.1.11 y 149.3 CE.

Su cita es oportuna toda vez que se nos recuerda (si bien es en el voto particular formulado por D. Carles Viver i Pi-Sunyer, al que se adhiere D. Luis López Guerra) que, la *normativa básica* debe establecerse mediante leyes formales y que sólo excepcionalmente pueden plasmarse en disposiciones reglamentarias y, más excepcionalmente todavía, en actos de ejecución. Estas quiebras a la legalidad sólo están justificadas en razón de una situación excepcional.

15. STC 156/93, de 26 de mayo. BOE de 28 de mayo. RI. Ponente: Gimeno Sendra. Norma impugnada: El artículo único del texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno Balear. Decisión del TC: Estimar parcialmente el recurso. Conceptos: Legislación civil en relación con vecindad civil y testigos testamentarios. Preceptos de referencia: Art. 149.1.8 CE.

Se interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el artículo único del Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares,

en la medida en que da redacción a los artículos 2.º, párrafo primero, y 52 de dicho cuerpo legal. El primero de ellos por sustituir —como criterio de aplicación de las normas para resolver los conflictos de leyes— el criterio de la vecindad por el de la residencia administrativa. El segundo en la medida en que podía entenderse infringida la competencia estatal en materia de «ordenación de registros e instrumentos públicos» toda vez que regulaba la intervención de testigos en los testamentos ante Notario.

Con relación al *primer problema*, hay que señalar que en fecha muy próxima el TC se había ocupado de un tema similar, señalando en la STC 88/1993 el alcance de los conceptos, constitucionales y estatutarios, de «conservación, modificación y desarrollo» de los Derechos civiles especiales o forales. Sobre esta última noción declaró el Tribunal (FJ 3) que «la Constitución permite, al emplearla, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, reconociendo así la norma fundamental no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos».

Es claro que la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquellos Derechos, y así esta competencia no queda rígidamente vinculada al contenido actual de las Compilaciones o de otras normas de los ordenamientos civiles o especiales; cabe que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil propio regulen «instituciones conexas» con las ya reguladas en la Compilación, dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta, según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Después de haber reconocido, en los términos vistos, la competencia autonómica el TC la matiza, entendiendo que la misma no implica «una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae*», que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la constitución ha querido, por vía competencial, garantizar (FJ 1).

Concretando el tema principal objeto de impugnación —punto de conexión para la determinación del estatuto personal— el TC mantiene que «la Constitución reserva a la exclusiva competencia del Estado la adopción de las «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8 y STC 72/1983, fundamento jurídico 5.º), atribución competencial [en la que se integra] la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que se cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que llevan a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España [...] Ésta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el artículo 149.1.8 a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida «en todo caso», a la legislación del Estado.

Cabe estimar que al prescribir tal norma, que ese ordenamiento sea aplicable a quienes residan en el territorio de la Comunidad Autónoma «sin necesidad de probar su vecindad civil» se está adoptando, sin sombra de duda, una regla cuyo objeto es la propia vecindad civil como punto de conexión para la determinación de la ley personal; cuando esta materia corresponde al legislador estatal, quien en el Derecho interregional ha basado la aplicación de la ley personal en la noción de vecindad civil (art. 16.1.1.^º del Código Civil) y, a este fin, ha establecido un régimen legal específico de su adquisición y pérdida (arts. 14 y 15 del mismo Código) (FJ 3).

En definitiva, la vecindad y los conflictos interinsulares de normas se regularán por el Código civil y demás disposiciones de aplicación general.

Por lo que hace al *segundo problema* —supresión de los testigos en el testamento Notarial—, el TC considera que el legislador autonómico ha hecho de nuevo uso de su competencia de desarrollo, sin que con la misma se invadan competencias estatales, concretamente la que se refiere a *ordenación de los instrumentos públicos*, (FJ 5 y 6).

16. STC 171/93 de 27 de mayo. BOE de 21 de junio. RA. Ponente: Mendizábal Allende. Desestimado. Conceptos: Tutela judicial efectiva. Principio de congruencia. Congruencia y alegaciones. Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE.

Se promovió por parte de CC.OO. procedimiento de conflicto colectivo, en el que al parecer —por ello el recurso de amparo— no se dio respuesta adecuada a las pretensiones formuladas. Se alega por el recurrente incongruencia omisiva.

En primer lugar, conviene concretar el concepto de congruencia. Así la entiende el propio TC: «la congruencia no es un elemento puramente formal y, por tanto, no conlleva un paralelismo servil de los razonamientos que sirven de fundamento a la Sentencia con el planteamiento discursivo de los escritos forenses» (demanda, contestación, recursos). En tal sentido, no deben confundirse los «motivos» que sirven de apoyo a las pretensiones formuladas por las partes como «alegaciones», que tienen un doble soporte, de hecho y de derecho, con los razonamientos de esta última naturaleza (FJ 4).

Por otra parte, la *incongruencia* deja al margen de su ámbito propio, como vicio estructural, la consistencia del razonamiento jurídico utilizado por el juzgador [...]. El error o acierto de los Jueces en esa doble operación selectiva y hermenéutica [seleccionar e interpretar la norma aplicable], queda extramuros del contenido constitucional de la tutela judicial configurada en el artículo 24 CE. Aquí y ahora la desestimación global de las pretensiones en el fallo conlleva la congruencia por definición, si no se omite pronunciamiento alguno con relevancia en el litigio (STC 169/1988), como es el caso. Tampoco se produjo una modificación sustancial del plantea-

miento original del debate, ni un fallo extraño a las recíprocas pretensiones de las partes (SSTC 14/1984, 191/1987, 144/1991 y 88/1992), ni, por tanto, se ha desconocido el principio procesal de contradicción, ni ha sido menoscabado el derecho de defensa (SSTC 59/1983, 61/1989, 225/1991 y 124/1992). En suma, el amparo ha de ser denegado (FJ 4).

17. STC 174/93, de 27 de mayo. BOE de 21 de junio. RA. Ponente: Cruz Villalón. Desestimado. Conceptos: Ejecución de acto administrativo. Entrada en domicilio autorizada judicialmente. Inviolabilidad. Preceptos de referencia: Arts. 18.2 y 243.1 CE.

El Ayuntamiento de Huesca solicitó la *autorización judicial* prevista en el art. 87.2 LOPJ para la entrada del personal técnico y de obras en un edificio en el que había que efectuar obras de rehabilitación. Obras que el propietario debía ejecutar en cumplimiento de las *resoluciones judiciales* firmes que declararon la conformidad a derecho de los acuerdos municipales que las imponían y que ante su incumplimiento realizaba, subsidiariamente, la Administración.

Por tanto, no se estaba tramitando un procedimiento judicial sino simplemente se estaba cumplimentando una formalidad que encomienda a la jurisdicción penal la facultad de otorgar o negar permiso a la Administración para entrar en un edificio (que además no es domicilio del actor) para ejecutar una serie de actos administrativos completamente ajustados a Derecho.

El recurrente alega que: primero, la autorización de entrada se ha producido sin haberle permitido comparecer y, segundo, que la decisión de autorizar la entrada debe corresponder al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Sobre el primer extremo el TC manifiesta lo siguiente: «En los AATC 129/1990 y 85/1992, a propósito de la audiencia del interesado en este tipo de actuaciones judiciales, hemos declarado que el ejercicio de esta función de control, preventivo y *prima facie*, no requiere que necesariamente y en todo caso el órgano judicial se pronuncie después de conocer los motivos de oposición del interesado, como si se tratase de un proceso, cuando lo cierto es que *de lo único que se trata es de apoderar a la Administración para realizar una determinada actuación*. En el presente caso, además, se da la circunstancia de que el actor tuvo la oportunidad de poner en conocimiento del Juez sus razones para oponerse a la entrada en el edificio de su propiedad, a través de los sucesivos recursos de reforma y apelación» (FJ 2).

En relación al segundo motivo de oposición, el TC considera que: «por lo que se refiere al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, las alegaciones del recurrente deben ser igualmente rechazadas, pues las cuestiones relativas a la atribución de competencias entre órganos jurisdiccionales no afectan al mencionado derecho (SSTC 59/1983 y 76/1992 y

ATC 1.112/1988), perteneciendo a la libre configuración del legislador determinar a qué órgano jurisdiccional corresponde pronunciarse sobre las peticiones de entrada (FJ 1).

18. STC 176/93, de 27 de mayo. BOE de 21 de junio. CI. Ponente: González Campos (Voto particular de Gimeno Sendra). Norma cuestionada: Art. 64.1 LAU. Decisión del TC: No ha lugar a declarar la inconstitucionalidad en lo que respecta a la prelación de los arrendatarios en quienes concurra la condición de funcionarios públicos jubilados. Conceptos: Principio de igualdad ante la Ley en relación con la preferencia establecida en el art. 64.1 LAU. Preceptos de referencia: Art. 14 CE y 64.1 LAU.

Según el artículo cuestionado, en las fincas arrendadas por pisos, el arrendador que intente la denegación de la prórroga invocando la necesidad de ocupar la vivienda, está sujeto a ciertas normas de preferencia: así, en primer lugar sobre las que no estén habitadas, después sobre las que no constituyan hogar familiar... y en último lugar sobre las ocupadas por funcionarios, pensionistas, clero secular y ciertos profesionales. El órgano proponente de la cuestión plantea la duda con relación a este último bloque.

El TC considera que el establecimiento de un concreto orden de prelación es consecuencia de una opción legislativa, consistente en no atribuir a los arrendadores la posibilidad de decidir a cuál de los arrendatarios niega la prórroga.

El hecho de que el legislador opte por este sistema excluye que por sí misma pueda ser considerada dicha norma inconstitucional. En todo caso, ese trato más favorable que la norma proporciona a ciertos sujetos, no carece de una justificación objetiva y razonable. Al tiempo cabe apreciar que la diferencia de trato —efectivamente existente pero justificable— es proporcionada a la finalidad perseguida por el legislador: permitir que ciertas personas, por su especial situación, puedan seguir gozando de la vivienda de la que son arrendatarios.

19. STC 178/93, de 31 de mayo. BOE de 5 de julio. RA. Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Estimado. Conceptos: Derecho al honor. Libertad de expresión y de información. Titular de prensa que pudiera implicar juicio. Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 20.1.d) CE.

En el periódico «*Las Provincias*» se publicó una información, suministrada por las Agencias de Prensa, en las que recogiendo la información divulgada por la Guardia Civil, se informaba, en los siguientes términos: «Han sido detenidos dos alemanes que asesinaron al hombre que intentó violarles». La viuda e hijos del fallecido formularon demanda contra el periódico, sobre protección del derecho al honor.

La demanda de amparo se dirige frente a la STS que estimó conculado dicho derecho al considerar que los recurrentes habían cometido una agresión ilegítima al honor «al publicar la noticia sobre las circunstancias de su muerte».

Se plantea de nuevo el conflicto entre libertad de información y derecho al honor «consistente en dilucidar si la ponderación judicial de los derechos en presencia ha sido realizada de modo que se respete su correcta valoración y definición constitucional, para, de llegar a una conclusión afirmativa, confirmar la decisión judicial, o, en caso contrario, reputarla lesiva de uno y otro derecho fundamental» (SSTC 171/90 FJ 4 y 172/92 FJ 2).

Para ello es preciso, ante todo, aclarar cuál haya sido el objeto de la noticia de prensa cuestionada, esto es si incluía opiniones y juicios de valor. A juicio del TS con esa información se emitía «un juicio de valor que deshonra al fallecido y descalifica al periódico». El TC no se considera obligado a compartir esa argumentación, entendiendo que dichas apreciaciones no le vinculan. En opinión del TC «la noticia de prensa analizada no pasa de ser mero relato de hechos que viene encabezado por un titular igualmente limitado a narrar hechos, con la brevedad usual de los titulares».

El que sea simplemente una transcripción de hechos no obstante no implica necesariamente que con ellos y por su causa pueda desmerecerse la fama de una persona. Constituirán agresión ilegítima cuando dichos hechos carezcan de relevancia pública. Es éste el segundo requisito que, obviamente, convendrá aclarar. «La relevancia pública viene explicada, en el caso, además de por el hecho en sí, por la naturaleza pública de la fuente o de parte de los protagonistas de la noticia [...]. No se olvide que, en este supuesto, se divulgaban los resultados de una investigación de la Guardia Civil [...] que] la difusión de una nota de prensa de los responsables de la seguridad pública del lugar constituye una manifestación del derecho a recibir información, en cuanto facilita la difusión y recepción de información veraz» (FJ 4).

Por último, es preciso que esos hechos, públicamente relevantes, sean veraces. A este respecto es doctrina reiterada del TC que «el requisito de la veracidad no va dirigido tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información cuanto a negar la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable por transmitir como hechos verdaderos bien simples rumores, carentes de toda constatación, bien meras invenciones o insinuaciones (Vid. SSTC 6/88, 107/88; 105/90; 171/90; 172/90)» (FJ 5).

20. STC 186/92, de 7 de junio. BOE de 5 de julio. RI. Ponente: García-Mon y González-Regueral. Norma impugnada: Determinados artículos de la Ley de la Asamblea de Extremadura 1/1986, de 2 de mayo, sobre la Dehesa de Extremadura. Decisión del TC: Desestimar

el recurso. Conceptos: Derecho de propiedad. Igualdad de todos los españoles. Legislación sobre expropiación forzosa. Preceptos de referencia: Arts. 14; 33; 139.1; 149.1.1.º; 149.1.18.º CE.

Se planteó por parte de cincuenta senadores recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 1/1986, de 2 de mayo, sobre la Dehesa en Extremadura, por entender que en la misma se vulneraban normas competenciales, rompiendo, al mismo tiempo, el principio constitucional de igualdad de todos los españoles.

La norma en cuestión regulaba, no transcribía en opinión de los recurrentes, las reglas de expropiación forzosa, en temas tales como calificación del deficiente aprovechamiento según baremos de la propia Junta, plazos para actuar, intervención del Jurado de Fincas Mejorables, etc.

La impugnación, como puede verse, responde a un planteamiento y desarrollo argumental coincidente con el que se sostuvo en el recurso interpuesto contra la Ley andaluza de Reforma Agraria (STC 37/1987)

Y, obviamente, la respuesta del TC ha sido coincidente, declarando que por la ley impugnada no se procede a crear un nuevo supuesto de expropiación distinto de los establecidos por la legislación estatal «sino que viene a definirse y concretarse una nueva *causa expropriandi* en las materias de agricultura y ganadería que han sido atribuidas a la competencia de la Comunidad Autónoma de Extremadura, dentro del marco de su competencia, ejercer sus poderes —y entre ellos, por tanto, el expropiatorio— con el objetivo básico de acometer una Reforma Agraria» (FJ 2).

También se alegaba por los recurrentes que con la Ley impugnada, el régimen de las fincas de más de cien hectáreas, no será el mismo en Extremadura que en el resto de España. Sin embargo, el reproche —ya formulado con ocasión del mismo problema planteado por la ley andaluza— tampoco puede prosperar ya que «el principio de igualdad no impone ni que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni menos aún que tengan que ejercerlas de una determinada manera o con un contenido o resultados prácticos idénticos o semejantes. Por consiguiente, si como consecuencia del ejercicio de esas competencias surgen desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en las distintas Comunidades Autónomas, no por ello automáticamente resultarán infringidos [preceptos de la Constitución]» (FJ 3).

21. STC 214/93, de 28 de junio. BOE de 2 de agosto. RA. Ponente: De la Vega Benayas. Estimado. Conceptos: Derecho a la tutela efectiva y acceso a los recursos. Interpretación del art. 148.2 LAU. Preceptos de referencia: Arts. 24.1 CE, 148.2 LAU.

Se interpone recurso de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial por vulneración del art. 24.1 CE en la medida que desestima el recurso de apelación como consecuencia de no acreditar, la parte recurrente,

tener satisfechas las rentas vencidas exactamente en el momento de interponer la apelación tal y como prevé el art. 148.2 LAU.

El TC ha sentado, partiendo de que el acceso a los recursos forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva que, a la hora de interpretar los requisitos para la interposición de aquéllos, los Tribunales están obligados a hacerlo en el sentido más favorable a la efectividad de ese derecho.

En cuanto al requisito establecido en el art. 148.2 LAU, el TC ya ha tenido ocasión de establecer que:

1. El pago o consignación de las rentas vencidas previo a la interposición del recurso y necesario para la sustanciación del mismo no constituye un mero requisito formal, sino una exigencia esencial para el acceso y la sustanciación de los recursos. 2. Tal requisito, sin embargo, debe interpretarse de manera finalista o teleológica, de modo que no convierta en obstáculo insalvable el incumplimiento involuntario y no malicioso de requisitos formales. 3. Es preciso distinguir entre el hecho del pago o consignación y la acreditación de dicho pago que constituye un requisito cuyos eventuales defectos son susceptibles de subsanación (FJ 2).

En este caso, la desestimación de la apelación fue debida a falta de acreditación del pago. Dicha ausencia de acreditación, conforme a la doctrina expuesta era susceptible de subsanación, y además fue subsanada *motu proprio*. Considera el TC que la decisión de la Audiencia de inadmitir el recurso porque se acreditó la satisfacción de las rentas con posterioridad a la fecha exacta de la interposición de la apelación, responde a una interpretación excesivamente formalista y rigurosa del art. 148.2 LAU y no a la luz de la CE (FJ 3).

En consecuencia, se estima el recurso de amparo, se declara la nulidad de la Sentencia dictada por la Audiencia y se retrotraen las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al pronunciamiento de dicha sentencia.

22. STC 217/93, de 30 de junio. BOE de 2 de agosto. RA. Ponente: Viver i Pi-Sunyer. Desestimado. Conceptos: Principio de igualdad ante la Ley. Derecho a la tutela judicial efectiva e indefensión en relación con los arts. 131 y 123 LH. Preceptos de referencia: Arts. 14, 24.1 CE y 131 y 132 LH.

Se interpone recurso de amparo contra los Autos del Juzgado de Instancia y de la Audiencia, dictados en un proceso de ejecución judicial sumario del art. 131 LH ya que en base al art. 132 LH se declaró que no había lugar a la nulidad de actuaciones solicitada por el demandante de amparo, y fue remitido al correspondiente juicio declarativo ordinario.

El recurrente alega violación del art. 24.1 CE ya que se le remitió al juicio declarativo y porque como tercer poseedor no le fue notificada la

existencia del proceso ni se le requirió de pago. Considera también que se ha vulnerado el derecho a la igualdad procesal de las partes.

En cuanto a la alegación de indefensión derivada del hecho de tener que acudir a un procedimiento declarativo ordinario, el TC reitera la doctrina establecida en las SSTC 41/1981, 64/1985, 8/1991 y 6/1992. El procedimiento sumario del art. 131 LH se caracteriza por «la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de oponerse mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor, como los terceros poseedores y acreedores posteriores, más allá de detener la ejecución mediante el pago, [...] apenas tienen posibilidades de oposición» (FJ 2). Salvo los supuestos taxativos del art. 132 LH, las reclamaciones que puedan efectuarse contra dicho procedimiento deberán ventilarse en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este TC ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades a este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el art. 24.1 CE (FJ 2).

A continuación el TC procede a resolver si el recurrente se ha visto efectivamente privado de su derecho a acceder al proceso en curso y a defenderse en el mismo, que le correspondía como parte interesada (tercer poseedor) en la medida que no fue requerido al pago ni citado en el proceso (FJ 3).

El TC señala que el concepto de indefensión es de carácter material, y no exclusivamente formal. Por lo tanto, no puede alegarse la misma si a pesar de existir una omisión judicial lesiva no se ha observado frente a ésta la debida conducta diligente a fin de que sea rectificada. En definitiva, corresponde a las partes intervenientes en un proceso mostrar la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación (FJ 3).

El TC no aprecia en este supuesto indefensión ya que existe base probatoria suficiente para entender que el recurrente en amparo tuvo conocimiento del procedimiento judicial sumario ex art. 131 LH con anterioridad a las fechas señaladas para la celebración de la subasta y en lugar de actuar diligentemente, se desinteresó por entero del proceso y dejó que siguiera su curso. En consecuencia, si alguna indefensión ha sufrido, es exclusivamente imputable a su conducta negligente (FJ 3).

En cuanto a la alegación de la vulneración del principio de igualdad procesal de las partes, que el recurrente basa en el art. 14 CE, el TC señala que el referido principio se integra en el derecho a la tutela judicial y a la defensa dentro de las actuaciones procesales. Además, no cabe apreciar una diferencia de trato entre las partes que pudiera tener alguna relevancia constitucional, pues es evidente que las partes han sido tratadas en pie de igualdad (FJ 4).

23. STC 226/93, de 8 de julio. BOE de 2 de agosto. RI. Ponente: López Guerra (voto particular de González Campos). Norma impugnada: Arts. 14.3 y 16.3 Código Civil. Decisión del TC: Denegar el recurso de inconstitucionalidad. Conceptos: Normas de derecho interregional, vecindad civil, efectos del matrimonio. Preceptos de referencia: Arts. 149.1.8 CE, 14.3 y 16.3 CC.

La Diputación General de Aragón impugna los arts. 14.3 y 16.3 (párrafo primero en ambos casos) del CC según la redacción dada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre.

El primer precepto establece que en caso de que los padres tengan distinta vecindad civil el hijo, en defecto de otros posibles criterios para atribuir una determinada vecindad, tendrá la de derecho común. A juicio del recurrente ello comporta un trato desfavorable a las CC.AA. con derecho civil propio.

Igual reproche cabe hacer al art. 16.3 CC ya que para la resolución de conflictos interregionales se prevé en último término el recurso al Código civil.

El TC pone de manifiesto que únicamente corresponde al Estado establecer las normas de Derecho civil interregional. Sin embargo, a la hora de realizar tal cometido no se está libre de todo límite constitucional ya que debe tenerse en cuenta que las normas de derecho interregional fijarán el ámbito de aplicación personal de los distintos ordenamientos civiles que coexisten en España. Para dicha delimitación la CE no establece ninguna pauta (FJ 4). El primer límite a la hora de dictar las normas de derecho interregional viene establecido por la exigencia de que los puntos de conexión se fijen según circunstancias abstractas o neutras y lo mismo cabe exigir respecto de los criterios utilizados por las normas de conflicto. Sin embargo, un sistema de derecho interregional no puede basarse exclusivamente en remisiones y conexiones abstractas y neutras porque en ocasiones ello puede comportar soluciones inciertas y poco claras. Ante la falta de soluciones claras y ciertas, el legislador puede y debe designar una determinada solución, lo que en el presente caso comporta fijar cuál es la específica vecindad civil o el concreto derecho aplicable. A juicio del TC, una «solución de este género no merece, en sí misma, tacha alguna de inconstitucionalidad, siempre que la misma se articule, claro está, como cláusula final o de cierre», es decir, luego de haberse establecido conexiones y criterios abstractos y en previsión de que éstos no aporten la solución segura exigible (FJ 4).

En cuanto al presente recurso, señala el TC que no corresponde a dicho tribunal sustituir el criterio utilizado por el legislador, sino únicamente apreciar si la solución aportada resulta arbitraria o manifiestamente infundada, lo que considera que no ha sucedido en el presente caso (FJ 4).

En relación a los preceptos impugnados, es preciso señalar que la Ley 11/1990 que los modificó tenía como finalidad suprimir las discriminaciones

por razón de sexo. En concreto se reformó la regla contenida en el art. 14 CC que atribuía a la mujer casada la vecindad civil de su marido. Al sustituir este criterio, se han planteado nuevos conflictos como es el de la determinación de la vecindad civil del hijo cuyos padres la tienen distinta, o el de establecer la ley aplicable a los efectos del matrimonio entre españoles de distinta vecindad civil. El TC no considera inconstitucional las soluciones adoptadas, y no sólo porque los supuestos contemplados en los mismos sean de aplicación escasa, sino porque no se ha producido una tergiversación o manipulación de los criterios a fin de extender un derecho a costa de otro. En definitiva, no nos hallamos ante una designación inmediata e inflexible de la vecindad y del derecho civil común, sino en último grado o de forma residual. Señala el TC que quizás son concebibles otras soluciones pero ello nada argumenta en contra de la constitucionalidad de las reglas impugnadas. Recuerda este Tribunal que el control jurisdiccional de la ley nada tiene que ver con su depuración técnica. Es a las Cortes a quien corresponde la ponderación entre la exigencia de garantizar una aplicación indistinta de los varios ordenamientos civiles coexistentes y la de preservar la certeza en el tráfico privado interregional, acudiendo, cuando sea preciso, a cláusulas de cierre como las que resultan impugnadas en este caso (FJ 5).

El Magistrado que formula el voto particular discrepa de la afirmación realizada por el TC según la cual para preservar la certeza en el tráfico privado interregional puede resultar necesario en ocasiones sacrificar el principio de igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles que coexisten en España (ex art. 149.1.8 CE) (FJ 2). Según dicho Magistrado, en lugar de optar por la preferencia de un derecho determinado, alegando la seguridad jurídica, cabían otras soluciones. Correspondía en todo caso al legislador estatal buscar las más apropiadas para garantizar la exigencia contenida en el art. 149.1.8 CE (FJ 2). Según su parecer cabe apreciar la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados por la Diputación General de Aragón a fin de suprimir una injustificada preferencia en favor de la vecindad y derecho civil común (FJ 2).

24. STC 232/1993, de 12 de julio. BOE de 12 de agosto. RA. PONENTE: Rodríguez Bereijo. Desestimado. Conceptos: Derecho al honor, derecho a la intimidad personal, libertad de expresión, derecho a comunicar y recibir información, colisión entre ambos derechos. Información propia y de otras fuentes. Preceptos de referencia: Arts. 18.1, 20.1 y 20.4 CE.

«Cambio 16» publicó un artículo en el que se daba cuenta de la presentación de un libro y de las declaraciones vertidas por uno de sus autores acerca de un pasaje del mismo en el que se afirma que el administrador de los Urquijo tenía la obligación de lavarle todos los días el prepucio al Marqués.

La revista añadía que este detalle debería ser tenido en cuenta a la hora de buscar móviles para el asesinato.

El aludido administrador interpuso demanda de protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen contra el director del medio de información y los autores del mencionado libro.

El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia y el TS resolvieron a su favor.

El director de «Cambio 16» recurre en amparo y alega la conculcación del derecho a la libertad de información en la medida que el recurrente no ha tenido ninguna participación en la edición del libro que contiene la información referida.

De este artículo periodístico es preciso distinguir dos elementos: el meramente informativo y el de opinión y el TC considera que el centro de gravedad se sitúa en el derecho a la libertad de información. Por lo tanto, en primer lugar debe analizarse si el artículo en cuestión puede ampararse en el art. 20.1.d) CE (FJ 1).

Presupuesto inexcusable para que el ejercicio de los derechos *ex art. 20.1.a) y d) CE* puedan gozar de protección es que no se haya producido ninguna intromisión ilegítima en el ámbito de los derechos reconocidos en el art. 20.4 CE (FJ 2). A juicio del TC, la información divulgada ha lesionado el derecho al honor del actor civil ya que «se ha hecho público que éste ejercía unas tareas de atención sanitaria impropias de su verdadero cometido profesional; tareas que —naturales y encomiables en un profesional de la sanidad o en quien está vinculado a la persona atendida por lazos familiares o de afecto— se reputan comúnmente de serviles y escabrosas cuando se atribuyen a quien cabe pensar que las realiza llevado por la necesidad de satisfacer a toda costa la persona de la que depende» (FJ 2).

Apreciada una intromisión en el derecho al honor de dicho administrador, es preciso analizar si la misma es legítima o no (FJ 3). El problema que se plantea en primer lugar es el de la veracidad de las declaraciones efectuadas. «Cambio 16» alega que se ha limitado a dar fiel y exacta cuenta de lo acaecido durante la presentación del citado libro. El TC analiza una cuestión novedosa, como es la de la ponderación de una información en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de terceros que resultan violar el art. 18 CE. Estima el TC que a la hora de predicar el requisito de la veracidad deben distinguirse dos hechos. Por un lado la declaración atribuida por la revista a un tercero, y por otro lo declarado por este tercero. El medio de comunicación ha de acreditar la veracidad del hecho de la declaración y no basta para ello la observancia de un mínimo de diligencia, sino que es exigible una perfecta adecuación con la realidad. El tercero es responsable de la veracidad de lo declarado y se le exige un mínimo cuidado y diligencia en la averiguación de la verdad y el deber de constatar lo que afirma.

Asimismo, a ambos les es exigible que lo por ellos difundido sea públicamente relevante (FJ 3).

Admitido que la información aparecida en «Cambio 16» es veraz en el sentido que se acaba de apuntar, el TC pasa a enjuiciar la relevancia de la misma (FJ 4). Considera el TC que la presentación del libro aludido sí tiene relevancia; también la tienen todos aquellos hechos novedosos que puedan descubrirse en relación al crimen de los Urquijo. Pero ello no comporta que tenga relevancia cuanto acontece a todos aquellos que han tenido relación con las víctimas del crimen.

A juicio del TC, la noticia publicada por «Cambio 16» carece de relevancia pública. Es cierto que el administrador de los Urquijo, como subordinado y allegado a los Marqueses, debe soportar informaciones y noticias que de no concurrir la circunstancia de la incertidumbre acerca del crimen no se vería obligado a soportar. Por ello, en atención al esclarecimiento del crimen puede verse afectado su honor, intimidad e imagen. Sin embargo, la divulgación de los cuidados que él prestaba al Marqués de nada sirve a aquélla finalidad superior (FJ 4).

Si bien es cierto que el medio de comunicación ha dado cuenta de la presentación del libro y de las declaraciones de uno de sus autores (dejando de lado las insinuaciones inculpatorias que realiza «Cambio 16»), la publicación ha contribuido a dar a la información susodicha una difusión que ha ampliado expansivamente los efectos de la intromisión en el honor del administrador de los Marqueses (FJ 4).

En relación al requisito de la relevancia de la información, el medio de comunicación debe observar el mismo cuidado y diligencia que le es exigible cuando suministra informaciones propias. En consecuencia, al estimarse ilegítima la intromisión en el derecho al honor causada por la noticia publicada en el medio de comunicación, se desestima el recurso de amparo (FJ 4).

25. STC 237/93, de 12 de julio. BOE de 12 de agosto. RA. Ponente: Díaz Eimil. Desestimado. Conceptos: Irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables. Derecho a la tutela judicial efectiva. Principio de legalidad en relación con responsabilidad civil subsidiaria. Preceptos de referencia: Arts. 9.º3, 24.1 y 25.1 CE, DA 3.ª LO 3/1989.

Se interpone recurso de amparo contra la sentencia dictada por la Audiencia que condenaba al recurrente al pago de una determinada indemnización por los daños derivados de un accidente de circulación más los intereses legales correspondientes tal y como establece la DA 3.^a de la Ley Orgánica 3/1989.

En opinión del recurrente, al no hallarse dicha Ley vigente en el momento en que ocurrieron los hechos, la aplicación de la DA 3.^a y consiguiente condena al pago de los intereses del 20 por 100 desde la fecha del siniestro, contraviene el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras (art. 9.º3 CE), y el de legalidad en materia sancionadora

(art. 28.1 CE), así como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

También se alega violación del art. 24.1 CE porque ninguna de las partes intervenientes en el proceso solicitó que se condenara a la entidad recurrente en amparo, a la satisfacción del recargo del 20 por 100 sobre el principal indemnizatorio. Considera el recurrente que la Sentencia que acuerda su aplicación incurre en incongruencia *extra petita* y, con ello, infringe el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Recuerda el TC que el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales no es invocable en vía de amparo y, por lo tanto, la aplicación del principio de irretroactividad de las Leyes ex art. 9.º3 CE no puede ser enjuiciada por el TC a menos que a través de ella se haya vulnerado alguno de los derechos susceptibles de amparo (FJ 2). Para evitar esta objeción el recurrente pone en conexión el art. 9.º3 CE con el art. 25.1 CE. Sin embargo señala el TC que la garantía que establece el art. 25.1 CE se proyecta, estrictamente, sobre los actos a través de los cuales se ejercita el *ius puniendi*. Reitera el TC que «los pronunciamientos en materia de responsabilidad civil derivados de delitos o faltas no constituyen una sanción por un delito, falta o infracción administrativa, que es a la que se refiere el art. 25.1 CE [...] y que los intereses de demora no tienen naturaleza sancionadora, sino exclusivamente compensatoria o reparadora del perjuicio causado por el retraso en el pago». Precisamente porque la imposición de los intereses del 20 por 100 no constituyen una imposición de pena sino un pronunciamiento en materia de responsabilidad civil, no afectan al art. 25.1 CE y, por lo tanto, no existe violación del mismo (FJ 2).

El Ministerio Fiscal se pronuncia a favor del otorgamiento de amparo en relación al art. 24.1 CE en la medida que el tribunal *a quo* incurrió en un error patente al aplicar al caso una disposición que no estaba vigente al tiempo de ocurrir los hechos.

Señala en primer lugar el TC que la disposición analizada encuentra su antecedente inmediato en la Ley 50/1980 de contrato de seguro. En segundo lugar, la selección de las normas aplicables a un supuesto controvertido y su interpretación es competencia exclusiva de los Tribunales ordinarios (art. 117.3 CE). Dicha interpretación sólo puede ser objeto de recurso cuando se produzca directamente una vulneración de los derechos fundamentales, lo que a juicio del TC no ha ocurrido en el presente caso. En definitiva el derecho fundamental a una tutela efectiva no puede incluir el acierto en términos de legalidad ordinaria (FJ 3).

En cuanto a la imposición *ex officio* de los intereses, el TC considera que esta cuestión no afecta al derecho fundamental invocado y debe resolverse exclusivamente por los Tribunales ordinarios (FJ 4).

26. STC 254/93, de 20 de julio. BOE de 18 de agosto. RA. Ponente: García-Mon y González-Regueral (voto particular de Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer). Estimado. Conceptos: Interpretación de normas sobre derechos fundamentales. Derecho a la intimidad y uso de la informática. Tutela jurisdiccional de derechos fundamentales e incorporación de tratados internacionales en relación a ficheros automatizados de carácter personal. Preceptos de referencia: Arts. 10.2, 18.1, 18.4, 53.2 y 96.1 CE.

El recurrente en amparo solicitó de la Administración del Estado información acerca de los ficheros automatizados donde figurasen datos de carácter personal que le concernían.

No recibió ninguna respuesta por parte de la Administración.

Su petición se fundaba en un Convenio del Consejo de Europa y las sentencias de los Tribunales desestimaron el recurso contencioso interpuesto por entender que dicho Convenio no era de aplicación directa en la medida que faltaba el correspondiente desarrollo legislativo.

En el recurso de amparo se plantea la cuestión de si la negativa a suministrar la información solicitada vulnera o no los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen *ex art. 18.1 y 18.4 CE* (FJ 1).

Una de las alegaciones del Abogado del Estado era que las autoridades se encontraban ante una imposibilidad material de suministrar dicha información. Sin embargo, según el TC la cuestión a resolver es si existía el derecho a que le fuera suministrada la información solicitada, porque de ser así constituiría un deber de los poderes públicos poner los medios necesarios para procurársela (FJ 3).

Según el TC, el punto fundamental del presente recurso consiste en determinar si el precepto invocado del Convenio de Europa surge efecto directo o en su caso interpretativo en relación con los derechos fundamentales *ex art. 18 CE*. Los preceptos del convenio aludido tratan de proteger los datos personales frente a la creciente utilización de la informática para fines administrativos ya que a menudo los particulares se ven indefensos ante los errores y el uso incontrolado de la información (FJ 4).

Señala el TC que los textos internacionales ratificados por España pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos recogidos en la Constitución como por otra parte muy bien señala el art. 10.2 CE (FJ 6).

El primer problema que plantea el derecho contemplado en el art. 18.4 CE es que falta un desarrollo legislativo del mismo. Sin embargo, a pesar de la ausencia de este desarrollo legislativo ello no comporta que su reconocimiento por la CE no tenga otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Los derechos y libertades fundamentales vinculan

a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos (FJ 6).

Es cierto que los derechos contemplados en la CE tienen un contenido mínimo que debe desarrollarse posteriormente. Pero de ahí no puede deducirse sin más que los derechos a obtener información ejercitados por el demandante no forman parte del contenido mínimo que consagra el art. 18 CE (FJ 6).

Se plantea pues la cuestión de determinar cuál es el contenido mínimo del derecho reconocido en el art. 18 CE (FJ 7). El primer elemento, tiene un elemento negativo: el uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derechos. Sin embargo, la garantía a la intimidad adopta también un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. Es en este aspecto donde puede venir en auxilio interpretativo los tratados y convenios internacionales sobre esta materia suscritos por España. Precisamente las pautas interpretativas que nacen del Convenio mencionado conducen a una respuesta inequívocamente favorable a las tesis del demandante de amparo. La protección a la intimidad de los ciudadanos requiere que éstos puedan conocer la existencia y los rasgos de aquellos ficheros automatizados donde las administraciones públicas conserven datos de carácter personal que les conciernen, así como cuáles son esos datos personales en poder de las autoridades (FJ 7).

La constatación elemental de que los datos personales que almacena la Administración son utilizados por sus autoridades y sus servicios impide aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agote su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión.

Por ende, dichas facultades de información forman parte del contenido del derecho a la intimidad, que vincula directamente a los poderes públicos, y ha de ser salvaguardado por este Tribunal, haya sido o no desarrollado legislativamente (FJ 7).

Las autoridades estatales, al negarse a comunicar la existencia e identificación de los ficheros automatizados, vulneraron el contenido esencial del derecho a la intimidad del actor, al despojarlo de su necesaria protección (FJ 8).

El TC recuerda que la interpretación por él dada queda reforzada por la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Mediante la misma se facilitarán y garantizarán el ejercicio de los derechos de información y acceso de los ciudadanos a los ficheros de titularidad pública y privada (FJ 9).

El otorgamiento del presente amparo implica el reconocimiento del derecho que asiste al recurrente a que la autoridad competente le comunique la información solicitada (FJ 9).

Sin embargo el TC señala que el reconocimiento de estos derechos no obsta a que la autoridad administrativa deniegue, mediante resolución mo-

tivada, algún extremo de la información solicitada, siempre que dicha negativa se encuentre justificada por alguna excepción prevista por la Ley, incluido el propio Convenio (FJ 9).

Según el Magistrado que formula el voto particular, la existencia del Convenio por sí misma no puede implicar un efecto directo e inmediato que obligue a los poderes públicos a su ejecución prescindiendo de la necesaria intermediación legislativa (como ha ocurrido con la Ley Orgánica 5/1992).

Semejante carencia de Ley sólo permitiría amparar, eventualmente, la negativa de la persona a suministrar determinados datos a la Administración en tanto no hubiera sido articulada la garantía del citado art. 18.4, pero nunca crear una obligación abierta de hacer para la Administración, sin base legislativa alguna. En atención a estas ideas, dicho Magistrado considera que no ha sido desconocido el derecho fundamental del recurrente.

27. STC 284/93, de 30 de septiembre. BOE de 26 de octubre. RI.
Ponente: Díaz Eimil (Voto particular de Viver i Pi-Sunyer, al que se adhieren De la Vega Benayas, Gimeno Sendra y Mendizábal Allende).
Norma impugnada: Diversos artículos de la Ley 23/91, de 29 de noviembre, del Parlamento de Cataluña de Comercio interior. Decisión del TC: Declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los arts. 5.^º, 10 (en el inciso «no inferior a siete días»), 12.e) (en el mismo inciso «no inferior a siete días») y 21.1.c). Declarar que el art. 4.º no es inconstitucional interpretado de conformidad con el FJ 3 *in fine*. Desestimar los recursos en todo lo demás. Conceptos: Libertad de empresa. Legislación mercantil, comercio interior y planificación económica. Bases de las obligaciones contractuales. Preceptos de referencia: Arts. 38; 51.3; 149.1.6.^º; 149.1.13.^º; 149.1.8.^º CE.

Se planteó recurso de inconstitucionalidad por más de cincuenta Diputados, contra ciertos artículos de la Ley de Comercio interior aprobada por el Parlamento de Cataluña, entendiendo que con la misma se vulneraban principios básicos como el de la capacidad jurídica necesaria para realizar actividad comercial, el requisito de la inscripción de la misma a la que los recurrentes consideran quasi constitutiva y el señalamiento de los horarios máximos de apertura de los citados establecimientos.

En relación al primer problema planteado el TC considera que «para empezar, y respecto de la pretendida vulneración de los artículos 139 y 149.1.1.^a CE, es de observar que los requisitos contenidos en el artículo 3.º1 de la Ley catalana ni entrañan una discriminación en favor de las empresas radicadas en el territorio de la Generalidad ni suponen un obstáculo que impida la actividad comercial en ese ámbito territorial de las empresas cuya radicación se halle fuera del mismo. Por tanto, tales requisitos dejan a salvo la igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de la actividad mercantil.

En segundo lugar, tampoco se aprecia infracción del artículo 149.1.6.^a y 8.^a CE como consecuencia de la pretendida afectación de la norma au-

tonómica a la capacidad jurídica para el ejercicio del comercio. Los requisitos del artículo 3.º1 señalados con las letras a), b), d) y e), en efecto, son de índole meramente administrativa, por lo que no interfieren en las competencias que al Estado reserva en exclusiva la mencionada norma de la Constitución [ya en la STC 88/1986, fundamento jurídico 8.º.c), se declara que semejante clase de requisitos corresponden al ámbito de la disciplina del mercado, atribuido a la competencia autonómica, y que no inciden en forma alguna en la regulación mercantil de las transacciones comerciales], y en de la letra c) constituye una simple reiteración, con alcance específico para los empresarios o comerciantes, del principio general de sujeción a la Ley proclamado en el artículo 9.º1 CE» (FJ 2).

En relación al tema del *Registro* de comerciante y su naturaleza, el TC considera que «el Registro que crea el precepto impugnado es de naturaleza administrativa, habida cuenta de las finalidades perseguidas por su institución, según el inciso primero del artículo 4.º1 y la Exposición de Motivos de la Ley, y del carácter puramente administrativo de la infracción y sanción previstas en los artículos 21.1.b), 22 y 23 para el caso de incumplimiento del deber de inscripción, incumplimiento que no genera consecuencia alguna en las relaciones *inter privatos*. (FJ 3).

En tercer lugar y con relación al horario de apertura el TC declara que «aunque la Comunidad Autónoma, en los términos de artículo 12.1.5 de su Estatuto de Autonomía, posee competencia normativa sobre la materia de comercio interior, en la que se inserta el subsector material de horarios comerciales, el precepto impugnado, sin embargo, se opone a la libertad proclamada en el artículo 5.º1 del Real Decreto-ley 2/1985, toda vez que, frente a la completa autonomía otorgada a las empresas en todo el territorio nacional para fijar el horario de apertura y cierre de los establecimientos comerciales, así como los días y el número de horas de su actividad semanal, el referido precepto establece restricciones a dicha autonomía al señalar un límite máximo de horas al tiempo semanal de apertura y declarar inhábiles los domingos y días festivos. Y dado que, conforme a lo anteriormente expuesto, el Estado, al dictar la norma básica liberalizadora, se amparó lícitamente en el título competencial del artículo 149.1.13.^a CE, la oposición constatada supone un exceso del legislador autonómico en el ejercicio de la competencia estatutaria de que se ha hecho mención, lo que ha de conllevar la declaración de inconstitucionalidad de la disposición legal recurrida» (FJ 4).

Un último punto debe mencionarse, el relativo a si los artículos 10 y 12.e) de la Ley catalana invaden la competencia exclusiva estatal del artículo 149.1.6.^a CE al suponer una regulación de fondo de la relación jurídico-mercantil. El primero de estos artículos determina que «en la venta de productos a domicilio el vendedor está obligado a poner en conocimiento del consumidor, por escrito, el derecho que le asiste de disponer de un período de reflexión, no inferior a siete días, durante el cual puede decidir la devolución del producto de que se trate y recibir las cantidades que haya

entregado». A su vez, el artículo 12.e) dispone que, entre los datos informativos que han de contener, de forma clara e inequívoca, todas las ofertas de venta a distancia, figurará «el período de reflexión, no inferior a siete días, durante el cual el consumidor puede devolver el producto y recibir la cantidad satisfecha». A este respecto el TC considera que «En estos preceptos el legislador autonómico no se ha limitado simplemente a garantizar los derechos informativos de los consumidores. Su pretensión ha ido más lejos, instituyendo una *causa de rescisión contractual cuya regulación es de competencia estatal* (ex art. 149.1.6.^a y 8.^a CE). Precisamente el Estado, para incorporar al Derecho español la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/577, de 20 de diciembre, sobre protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles, ha tenido que utilizar la forma de Ley —se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre— dado que en la misma «se establecen preceptos que afectan y modulan el régimen del perfeccionamiento y de la eficacia de los contratos, materias estas que aparecen reguladas en el Código Civil»; preceptos entre los que se halla el artículo 5.^º, que reconoce al consumidor el derecho de poder revocar su declaración de voluntad, sin necesidad de alegar causa alguna, hasta pasados siete días contados desde la recepción del producto adquirido (FJ 5).

28. STC 286/93, de 4 de octubre. BOE de 9 de noviembre. RA. Ponente: García-Mon y González-Regueral. Estimado. Conceptos: Derecho a comunicar y recibir información. Preceptos de referencia: art. 20.1.d) CE.

El Colegio de Abogados de Las Palmas sancionó al recurrente —abogado adscrito a dicho colegio—, que compatibilizaba su condición de Abogado con una colaboración habitual en el diario «La Provincia», en el que se encargaba de la crónica de Tribunales. La Junta del Colegio de Abogados entendió que algunas de sus colaboraciones en el mencionado diario vulneraban la prohibición estatutaria de realizar publicidad de sus servicios (art. 31) y la de respetar y guardar consideración a los compañeros de profesión [art. 46.c)], sanción disciplinaria que fue confirmada por el Consejo General de la Abogacía.

El recurrente basó su defensa (en todas las instancias) en el argumento siguiente: si en su función periodística perjudica u ofende a compañeros Letrados en su ejercicio de la libertad de expresión, estos supuestos excesos deben ser corregidos por otras vías y no por la sanción disciplinaria como abogado.

El tema, pues, sobre el que el TC debe manifestarse es si la sanción disciplinaria de «apercibimiento escrito» impuesta al recurrente por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Las Palmas, cuya licitud fue definitivamente declarada por el TS, vulnera su derecho fundamental a comunicar libremente información veraz.

En este sentido el TC ha declarado en múltiples ocasiones que la libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece y al mismo tiempo su ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento que el artículo 7º del Código Civil expresa con carácter general.

Esas pautas de comportamiento, cuando existe una relación por ejemplo de tipo laboral generan un complejo de derechos y de obligaciones recíprocas que condiciona, junto con otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Esta doctrina «es de posible aplicación *mutatis mutandi* a las relaciones que se crean entre un determinado Colegio Profesional y sus colegiados, de las que surgen un haz de derechos y obligaciones recíprocas y una expresa sumisión por parte de quien libremente decide ejercer la profesión al régimen disciplinario que la regula» (FJ 4).

El segundo de los aspectos presentes en el recurso es la licitud de la concreta sanción disciplinaria interpuesta. En este sentido el TC manifiesta que «es evidente, y así lo hemos citado en numerosas ocasiones (por todas, SSTC 105/1990, 171/1990 y 172/1990), que en el conflicto entre las libertades reconocidas en el artículo 20 CE y otros bienes constitucionalmente protegidos, los órganos judiciales deben, habida cuenta de las circunstancias del caso, ponderar si la información se ha llevado a cabo dentro del ámbito de dicha protección constitucional o, por el contrario, si ha transgredido ese ámbito, de forma que siendo inexistente o insuficiente la citada ponderación este Tribunal ha declarado la nulidad de las resoluciones judiciales (entre otras, SSTC 104/1986 y 227/1992).

Pues bien, siendo el papel del TC en estos supuestos el valorar si la ponderación efectuada por los órganos judiciales ha sido realizada correctamente o no (STC 105/1990), hay que concluir que ello no sucede en términos suficientes en la Sentencia impugnada, en cuanto que no se valora, o no se hace de forma suficiente, la incidencia en la sanción colegial de elementos como el principio de publicidad de los juicios, el papel de los medios de comunicación, el contenido concreto de la información y, en definitiva, el principio de proporcionalidad de los sacrificios, por lo que no cabe sino compartir la apreciación del Ministerio Fiscal en orden a la estimación del recurso de amparo y, en consecuencia, anular la Sentencia impugnada, declarando la firmeza de la dictada en instancia por la Sala de lo Contencioso de la extinta Audiencia Territorial de Las Palmas» (FJ 5).

29. STC 288/93, de 4 de octubre. BOE de 9 de noviembre. RA. Ponente: De la Vega Benayas. Estimado. Conceptos: Tutela judicial efectiva. Anulación de laudo arbitral. Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE.

El objeto de este recurso es la supuesta vulneración de la tutela judicial. La Audiencia Provincial de Bilbao dictó sentencia en un recurso de anula-

ción de un laudo arbitral. La queja deriva del hecho de que el órgano judicial, a pesar de considerar la acción caducada por haberse interpuesto con posterioridad al plazo de diez días previsto en el artículo 46.2 de la Ley de Arbitraje, sin embargo considera que la caducidad no afecta a los motivos de nulidad total del laudo, nulidad que «no está sometida a plazo de prescripción ni caducidad alguna según constante jurisprudencia».

El TC entiende que «cabe afirmar que del mismo modo que un órgano judicial no puede inadmitir un recurso previsto por la ley, tampoco le está permitido pronunciarse en vía de recurso sobre una determinada materia cuando exista una causa impeditiva excediéndose de la competencia que el legislador le ha otorgado en el caso concreto, exceso que este Tribunal Constitucional debe corregir en la medida en que el pronunciamiento judicial pudiera lesionar el derecho de otros justiciables a la tutela judicial efectiva (STC 116/1984)» (FJ 2).

La inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también previsible, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales regulados en la Ley 36/1998. Ello es conforme con la naturaleza del arbitraje, que es (STC 62/1991) «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada.

Ahora bien, «la ley prevé unos mecanismos específicos de revisión judicial de los laudos arbitrales, de forma que, [...] sólo podrán ser anulados en los casos expresamente previstos en el artículo 45 cuando el recurso es presentado en el plazo preclusivo regulado en el artículo 46. En consecuencia, hay que concluir que cuando este efecto se produce por causa distinta a las taxativamente previstas o en virtud de recurso presentado fuera de plazo se está desconociendo el efecto de cosa juzgada que la Ley les otorga, vulnerando el principio de inmodificabilidad de las decisiones judiciales firmes que les es de aplicación, y, en última instancia, desconociendo la tutela judicial efectiva del beneficiado por él» (FJ 3).

30. STC 289/93, de 4 de octubre. BOE de 9 de noviembre. RA. Ponente: Gimeno Sendra. Desestimado. Conceptos: Tutela judicial efectiva y emplazamientos. Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE.

Se siguió en el Juzgado de Distrito un procedimiento de desahucio contra el *ex* esposo de la recurrente. La vivienda le había sido atribuida a la recurrente en el proceso de divorcio, pero, al parecer, ella no fue notificada.

En primer lugar, no resulta en modo alguno evidente que la recurrente tuviera derecho a ser emplazada en el juicio instado por el dueño contra el arrendatario de la vivienda, su *ex* marido. «Lo determinante es que el Juzgado emplazó correctamente a quien había sido demandado por la parte actora en el pleito civil, que era la persona que aparecía como titular del derecho sometido a litigio (STC 151/1988, FJ 2, y ATC 1070/1988). Y este

litigio consistía, precisamente, en un juicio de desahucio, caracterizado por la urgencia y por el debilitamiento, cuando menos, del efecto de cosa juzgada material de su Sentencia (STC 83/1983, FJ 2). Por consiguiente, es razonable entender que, en circunstancias normales, el emplazamiento de cualquier miembro de la familia en el domicilio familiar, al menos en este tipo de procesos civiles sobre derechos patrimoniales, es suficiente para evitar la indefensión, salvo que concurran factores excepcionales que corresponde mostrar al que los alega. Así lo han entendido, en supuestos similares, las SSTC 198/1987 y 194/1988 (FJ 4)[...]. La *indefensión que prohíbe el artículo 24.1 CE no es formal*, traducida en el cumplimiento de los requisitos y trámites procesales marcados por las leyes, *sino material*, cifrada en el disfrute de una oportunidad real de alegar y probar en defensa de los derechos e intereses legítimos (SSTC 1/1983, FJ 3; 48/1986, FJ 1, y 35/1989, FJ 3)» (FJ 5).

La sentencia hace además una precisión importantísima también desde la perspectiva civil, «los intereses legítimos de la recurrente, derivados del contrato de arrendamiento firmado por su marido, quedaron en el caso presente suficientemente protegidos por el emplazamiento efectuado en el domicilio familiar. Y el *derecho a usar la vivienda*, concedido por la Sentencia de divorcio, quedó desatendido por causa imputable a ella misma, al no haber notificado al arrendador dicha resolución judicial. Ver en ese mismo sentido la STC 126/1989 (FJ 4).

31. STC 291/93, de 18 de octubre. BOE de 9 de noviembre. RA. Ponente: De la Vega Benayas. Estimado. Conceptos: Derecho de asociación y Registro de asociaciones. Preceptos de referencia: Art. 22 CE.

Con fecha 5 de noviembre de 1988, el ahora recurrente en amparo, actuando como representante de la «Unión Democrática de Guardias Civiles» (UDGC), presentó una solicitud en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior pidiendo la inscripción en el mencionado Registro de la UDGC, petición que le fue desestimada por silencio administrativo.

También el recurso que planteó fue desestimado, fundándose en que la inscripción solicitada no cumplía las condiciones exigidas por el artículo 3.^º de la Ley de 24 de diciembre de 1964, ya que constaba, únicamente, el nombre del recurrente en amparo y los demás promotores se relacionaban con la fórmula «y diversos miembros del Instituto de la Guardia Civil, todos ellos en activo». Al no concurrir la manifestación de varias voluntades, no se puede decir, en opinión de la Sentencia recurrida, que propiamente exista una asociación y, en consecuencia, el rechazo de su inscripción no puede vulnerar el artículo 22.3 de la Constitución.

Para enjuiciar si el proceder de la Administración fue o no correcto hay que recordar que «el Registro existe, bien es cierto, a los «solos efectos de publicidad» (art. 22.3 de la Constitución) y la Administración carece por ello, al gestionarlo, de facultades que pudieran entrañar un control

material (de «legalización» o «reconocimiento») sobre la asociación in fieri (STC 85/1986, fundamento jurídico 2.^º), pero nada de esto afecta directamente al juicio que merezca el proceder de la Administración. La autoridad encargada del Registro no «calificó» [...]; se limitó a omitir la actuación pedida —la inscripción registral— sin dar razón alguna para ello, sin aportar ningún fundamento para tal inacción.

Para apreciar la inconstitucionalidad de tal proceder basta, en efecto, con advertir que la actuación administrativa supuso en este caso una obstaculización enteramente inmotivada del pleno ejercicio del derecho entonces invocado, pues es claro que *la libertad de asociación no se realiza plenamente sino cuando se satisface la carga de la inscripción registral que la Constitución impone (art. 22.3) y que la Administración no puede denegar arbitraria o inmotivadamente*. [...] toda limitación para el ejercicio de un derecho de este carácter [fundamental] no sólo ha de estar amparada por la Constitución y articulada debidamente en norma con rango de ley, sino ser también aplicada según criterio de racionalidad y proporcionalidad que exigen, inexcusablemente, una resolución expresa y motivada (STC 62/1982, fundamento jurídico 2.^º, por todas)» (FJ 2)

32. STC 298/93 de 18 de octubre. BOE de 9 de noviembre. RA. Ponente: Cruz Villalón. Desestimado. Conceptos: Indefensión y derecho a la prueba. Preceptos de referencia: Art. 24.1 y 24.2 CE.

La recurrente impugna las resoluciones de los Tribunales civiles que declararon que su hijo menor de edad se encontraba en situación de desamparo. La actora que es madre soltera había dejado al niño bajo la custodia de una tercera persona. Al conocer tal hecho las autoridades competentes promovieron su acogimiento en una familia, así como su ingreso provisional en un centro dependiente de la Administración,

La actora afirma que el proceso fue llevado a cabo a través de un proceso de jurisdicción voluntaria, en cuyo seno no tuvo ocasión de defender adecuadamente sus derechos como madre del menor. En opinión del TC «el problema nace de que, salvo cuando se trata de niños sometidos a la jurisdicción de los Juzgados de Menores (cuyas garantías han sido objeto de las SSTC 71/1990, 36/1991 y 211/1993), la situación de desamparo de los menores de edad es conocida por los Juzgados civiles comunes en el cauce de un procedimiento *ad hoc*, que no se encuentra perfilado por la ley de manera clara ni acabada. Ni el Código Civil, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la reforma efectuada por la Ley 21/1987, precisan de qué forma pueden defender sus derechos la madre biológica, ni otros parientes o los guardadores, cuando una entidad pública competente en materia de protección de menores (designada en la Disposición adicional primera de la Ley 21/1987) entiende que un menor se halla en situación de desamparo. La Ley de Adopción de 1987 se limitó a regular el acogimiento y la adopción de menores, y no dio normas expresas respecto al momento inicial: la

constatación de si un niño se encuentra o no en situación de desamparo» (FJ 4).

Desde el punto de vista constitucional y centrado el tema en las garantías a un proceso justo, hay que entender que no puede hablarse de indefensión cuando «el titular del derecho fundamental ha disfrutado de una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos, mediante los medios de alegación y de prueba suficientes cuando se actúa con una diligencia procesal razonable (SSTC 4/1982, fundamento jurídico 5.º, y 14/1992, fundamento jurídico 2.º) (FJ 6).

33. STC 301/93, de 21 de octubre. BOE de 9 de noviembre. CI. Ponente: Viver i Pi-Sunyer. Norma cuestionada: Art. 19 de la Ley 49/60, de 21 de julio, sobre Propiedad horizontal. Decisión del TC: Constitucionalidad del precepto. Conceptos: Expropiación forzosa en relación a privación de uso de propiedad horizontal. Preceptos de referencia: Arts. 33.3 CE y 19 LPH.

El artículo impugnado dice lo siguiente: «Desatendido el requerimiento por el titular ocupante, la junta podrá instar y obtener judicialmente la privación del uso del piso o local a aquél y a quienes con él convivan. Dicha privación la fijará discrecionalmente el Juez por un plazo no superior a dos años, atendida la gravedad de la falta, sin que afecte a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del título.»

Estimó el Juez que planteó la cuestión que el pasaje transcripto pudiera ser inconstitucional por contrario al artículo 33.3 de la Constitución, en aquella parte del mismo —siempre según el propio Auto— en que se garantiza que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización».

En opinión del TC tal circunstancia no se produce toda vez que «aquella privación de uso se presenta, como una medida acordada judicialmente al término de un proceso, mediante la cual el legislador ha querido, en primer lugar, sancionar civilmente el incumplimiento de una obligación legal o estatutaria de no hacer y seguramente también compeler al transgresor —como apunta el Abogado del Estado— a fin de que no reitere en lo sucesivo las prácticas prohibidas por el citado artículo 7.º, párrafo tercero, de la LPH. Nos encontramos, así, ante una abstracta previsión legal que liga una determinada consecuencia negativa que grava sobre el patrimonio del transgresor, a quien el órgano judicial puede privar del uso del inmueble (vivienda o local) durante un máximo de dos años [...]»

En el párrafo primero del artículo 19 de la LPH no se configura, en efecto, una expropiación forzosa —en el sentido constitucional del concepto—, sino una específica sanción civil o, más precisamente, una obligación cuyo cumplimiento puede ser exigido por los órganos judiciales —que no ejercen potestad expropiatoria alguna— cuando se constate determinada

conculcación del ordenamiento [...], la privación de uso se fundamenta en la comisión de un ilícito y no cabe echar en falta en su regulación, por tanto, ni la invocación de una *causa expropriandi* de utilidad pública o interés social —rigurosamente extravagante al supuesto— ni la previsión de una indemnización por la privación misma, que contradiría, como es obvio, el repetido alcance sancionador de la medida» (FJ 3).

34. STC 319/93, de 25 de octubre. BOE de 30 de noviembre. CI. Ponente: Rodríguez Bereijo. Norma cuestionada: Art. 19.1.2.a) de la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria de Andalucía. Decisión del TC: Desestimar la cuestión. Conceptos: Interdicción de la arbitriedad. Principio de igualdad. Legalidad de sanciones e infracciones. Función social de la propiedad. Expropiación forzosa. Igualdad de derechos y obligaciones de los españoles. Preceptos de referencia: Arts. 14; 25.1; 33.2; 139.1; 149.1.1.; 149.1.18.^º CE y 19.1.2a) Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria de Andalucía.

No se puede olvidar que el precepto cuestionado fue objeto de enjuiciamiento por el TC en su Sentencia 37/1987.

Examinaremos en primer lugar si el artículo 19.1.2.a) de la Ley 8/1984 puede decirse contrario a lo dispuesto en el artículo 25.1 CE, precepto que otorga valor de derecho fundamental al principio de legalidad en materia sancionadora (penal y administrativa) y que garantiza, más específicamente, que nadie pueda ser sancionado por acciones u omisiones que no estuvieran previamente tipificadas como «infracción administrativa».

Lo relevante aquí, a juicio del TC, es partir del específico concepto constitucional de «sanción» y apreciar, con arreglo al mismo, si cabe subsumir en una de las hipótesis del artículo 25.1 CE (la de sanción por «infracción administrativa») el supuesto de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad de la tierra regulado en la Ley 9/1984. «La STC 42/1989, dictada en recurso de amparo, dejó dicho, con toda claridad, que «la declaración de la finca como manifiestamente mejorable no tiene carácter sancionador en sentido estricto», toda vez que «esta calificación y la expropiación de uso de la finca inherente a la misma es la consecuencia del incumplimiento de la función social de la propiedad», de tal modo —añadió entonces el Tribunal— que de la denominación doctrinal de «expropiación-sanción» dada a estas expropiaciones «no se sigue que se trate de una decisión con finalidad punitiva por infracción de normas penales o sancionadoras de inexcusable observancia, imputable a la culpabilidad del infractor, sino de las consecuencias objetivas derivadas del estado de explotación insuficiente o nula de una finca que, por ser incompatible con la función social de la propiedad agrícola, se hace necesario remediar en atención a esa prioritaria finalidad» (FJ 3).

Por lo que se refiere a las otras alegaciones —principio de igualdad, divergencias entre la normativa estatal y autonómica— han sido resueltos

en el mismo sentido mantenido por el TC en ya tantas ocasiones: La diferencia si es coherente y está justificada es constitucional, siempre que esté amparada en el ejercicio legítimo de una competencia legislativa.

35. STC 328/93, de 8 de noviembre. BOE de 10 de diciembre. RA. Ponente: Gimeno Sendra. Estimado. Conceptos: Eficacia civil de decisión pontifícia sobre dispensa de matrimonio rato y no consumado. Derecho a la tutela judicial efectiva. Preceptos de referencia: Arts. 24.1 y 24.2 CE.

Se concedió por decisión de la Sagrada Congregación del Culto Divino dispensa de matrimonio rato y no consumado. En la misma se incluía la siguiente reserva «el varón no será admitido a nuevas nupcias a no ser que, reconocido médica y consultado el ordinario, sea hallado apto física y psíquicamente para cumplir debidamente los deberes conyugales». Presentada demanda para el reconocimiento de la eficacia civil de la citada decisión fue reconocida en Auto y dispuesta la oportuna inscripción en el registro a pesar de que el recurrente, en tiempo y forma, se opuso a la pretensión de reconocimiento y concesión de eficacia civil.

Se trata en definitiva de concretar si ha existido o no vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

En principio la norma contenida en la Disposición adicional segunda de la Ley 30/1981 que contiene el procedimiento que debe seguirse en esta materia es suficientemente clara: Si se ha formulado oposición no cabe dictar un auto de concesión del reconocimiento civil de dicha Decisión. Es necesario dar oportunidad a las partes (opositores) para que acudan al proceso que corresponda. Éste pasa de ser un proceso «al modo de la jurisdicción voluntaria» a ser un proceso contencioso.

Evidentemente es esta la línea que ha seguido el TC otorgando el amparo al considerar que «en el presente caso, [hay que] estimar la demanda y otorgar el amparo solicitado, puesto que el Auto recurrido, en la medida en que reconoció efectos civiles a la decisión pontifícia sobre matrimonio rato y no consumado, no obstante la oposición formulada por el recurrente, que no puede calificarse de arbitraria,[...] infringió el derecho a la tutela judicial efectiva y causó la indefensión proscrita en el artículo 24 CE» (FJ 3).

En el mismo sentido pueden verse las SSTC 93/1983 y 265/1988 que son parcialmente reproducidas en la presente.

36. STC 336/93, de 15 de noviembre. BOE de 10 de diciembre. RA. Ponente: González Campos. Desestimado. Conceptos: Libertad de expresión y sus límites: Derecho al honor. Derecho a comunicar y recibir información. Preceptos de referencia: Arts. 18 y 20 CE.

Se condena al recurrente como autor de un delito de desacato, ya que en el diario que temporalmente dirigía —el «Diario de Cantabria»— (du-

rante las vacaciones del Director) se publicó en la Sección «Cartas al Director» una misiva gravemente ofensiva contra el Alcalde de la localidad.

El objeto de este recurso ante el TC es discernir si la Sentencia en la que se condena al recurrente como autor de un delito de desacato por haber autorizado la publicación de la citada carta (no pudo identificarse al autor material) conculca los derechos constitucionales de presunción de inocencia y a las libertades de expresión e información.

En cuanto a la primera de las posibles vulneraciones —la relativa a la presunción de inocencia— hay que indicar que el recurrente, en su calidad de Director temporal, tuvo conocimiento del contenido de la carta y que autorizó su publicación sin previa constancia de la identidad del remitente, por lo que concurren elementos suficientes para sostener su culpabilidad (FJ 2 y 3).

En cuanto a la segunda vulneración alegada —la que hace referencia al art. 20 de la CE— recordar que son numerosas las sentencias en las que se han establecido los criterios para enjuiciar la posible colisión entre los derechos reconocidos en el art. 20 y el derecho al honor tutelado en el art. 18 CE. En este sentido recordar que hay que averiguar «si el ejercicio del derecho a la libre comunicación de información o a la libertad de expresión ha tenido lugar «dentro del ámbito constitucionalmente protegido o, por el contrario, se ha transgredido dicho ámbito» (STC 15/93). De manera que cuando se alcance una conclusión positiva procederá confirmar la decisión judicial y, en otro caso, reputarla lesiva de uno u otro de los derechos constitucionales en conflicto».

Esta ponderación requiere que se tenga en cuenta «la posición prevalente —aunque no jerárquica— que respecto al consagrado en el artículo 18.1 CE ocupan los derechos a la libre comunicación de información y a la libertad de expresión del artículo 20.1 CE cuando su ejercicio tiene lugar dentro del ámbito constitucionalmente protegido, dado que estos constituyen no sólo libertades individuales de cada ciudadano sino también la garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo democrático» (FJ 4).

En el caso concreto enjuiciado hay que recordar que el escrito se halla vinculado con un debate político existente por aquellas fechas en la ciudad de Santander y que «los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades» (FJ 6 b). Pero esa crítica es separable del empleo de expresiones injuriosa y «la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el artículo 10.1 del texto fundamental [...]. El ejercicio de la libertad de expresión, por tanto, no puede justificar sin más el empleo de expresiones insultantes que exceden del derecho a la crítica y son, pues, claramente atentatorias para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de personas con relevancia pública» (FJ 6 b).

37. STC 340/1993, de 16 de noviembre. BOE de 10 de diciembre.
CCII. Ponente: González Campos (Voto particular de De la Vega Benayas y otro de Gabaldón López). Norma cuestionada: Art. 76.1 y 2 LAU. Decisión del TC: Declara la inconstitucionalidad sobrevenida y nulidad de la referencia a la Iglesia Católica en el art 76.1 LAU. Conceptos: Igualdad ante la ley. Aconfesionalidad del Estado. Derecho a la tutela judicial y declaración unilateral de la necesidad de ocupación: ¿Limitación del objeto del proceso o indefensión? Administración y Derecho privado. Preceptos de referencia: Arts. 14, 16.3 y 24.1 CE y 76.1 y 2 LAU.

Según el art. 76.1 LAU, «Cuando el Estado, la Provincia, la Iglesia Católica y las Corporaciones de Derecho público tengan que ocupar sus propias fincas para establecer sus oficinas o servicios, no vendrán obligados a justificar la necesidad, bien se trate de viviendas o de locales de negocios, pero si respetar lo dispuesto, tanto para éstos como para aquéllas, sobre preaviso, indemnizaciones y plazos para desalojar». Esta previsión, aunque anterior a la entrada en vigor de la Constitución, motivó una serie de Cuestiones de Constitucionalidad planteadas por diversos Juzgados que, ante la falta de prueba de la necesidad por parte de los demandantes, se veían obligados a fallar en estricta aplicación de la presunción legal en él establecida.

Resulta evidente la diferencia de trato dispensada a la Iglesia Católica y a los sujetos públicos contemplados en la norma en relación con el resto de arrendadores de fincas urbanas. La cuestión, sin embargo, reside en saber si esa diferencia es o no justificable con parámetros constitucionales, cosa que el TC niega. Por lo que respecta a la Iglesia Católica, el TC niega que el privilegio pueda tener cobertura en el principio de cooperación que contempla el art. 16.3 CE, referido también a otras confesiones religiosas. La única razón de ser de la equiparación de la Iglesia Católica al Estado y otros sujetos públicos radica exclusivamente, como resulta de los antecedentes históricos de la norma, en la pasada confesionalidad del Estado. Precisamente por ello infringe el actual principio opuesto de aconfesionalidad (art. 16 CE), así como la igualdad ante la ley (art. 14 CE) (FJ 4-D).

Las dudas suscitadas acerca del art. 76.1 LAU no se limitaban, sin embargo, a los problemas planteados por la mención en él de la Iglesia Católica. El precepto también fue puesto en cuestión —junto con el núm. 2— por su pretendida incompatibilidad con el art. 24.1 CE, al suponer un desequilibrio favorable a la Administración Pública y una ruptura de la igualdad de las partes en el proceso. El TC, sin embargo, rechaza esta imputación, considerando que tal diferencia tiene una justificación suficiente y queda compensada con la sujeción de la Administración a la Ley y la siguiente posibilidad de acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En el proceso civil —observa la sentencia— «no cabe que el inquilino discuta la necesidad de la ocupación cuando la misma se invoque por el arrendador-demandante que sea una Administración Pública para «estable-

cer sus oficinas o servicios». Pero ello —añade— «es debido no al debilitamiento *ex lege* de la posición procesal del inquilino, sino a la exclusión de esta cuestión del objeto propio del proceso arrendatario» (FJ 5-D). Lo que, por supuesto, no significa que no haya un amplio espacio para el debate, en el que sí será exigible el respeto al art. 24 CE: «La contienda procesal ante el Juez civil ha de girar exclusivamente sobre el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos y trámites que la LAU establece en el art 76.1 *in fine*, el carácter jurídico público legalmente atribuido a la corporación arrendadora y la existencia de la declaración ministerial de necesidad de la ocupación (art. 76.2) y también, según la doctrina mayoritaria, sobre los concernientes al orden de selección de las viviendas y locales de negocios (arts. 64 y 72) y a la obligación del arrendador de ocupar los desalojados dentro de un determinado plazo (arts. 68.1 y 75.1), así como de no arrendarlos o ceder su goce o uso a un tercero hasta transcurrido cierto tiempo (arts. 68 y 75.2). Por consiguiente, pudiendo debatirse todas esas cuestiones en el proceso, cuyo objeto y las pretensiones que en él cabe deducir se encuentran así legalmente delimitadas, únicamente respecto de estas cuestiones —y no de la excluida *ex lege* de la eventual controversia de las partes— se ha de predicar la exigencia constitucional derivada del art. 24.2 CE» (FJ 5-D).

El anterior razonamiento no es compartido por el primero de los votos discrepantes (De la Vega) que, sin embargo, se muestra conforme con el fallo. En su opinión, «si es cierto» —y parece asomar la duda— que la necesidad de la ocupación puede efectivamente discutirse ante la jurisdicción contenciosa, el art. 76.1 LAU no debería contemplarse como una norma destinada a limitar el objeto del proceso sino como una simple presunción *iuris tantum* de la necesidad alegada. Si esta cuestión —dice el voto— ha sido discutida en la jurisdicción contencioso-administrativa, el juez civil no conocerá de ella porque constituirá cosa juzgada. Pero si no lo ha sido, deberá poder entrar en ella, pudiendo el arrendatario intentar demostrar la falta de necesidad.

El segundo voto discrepante (Gabaldón) afecta al mismo fallo, entendiendo que debió declararse la inconstitucionalidad de los apdos. 1 y 2 del art. 76 LAU en su totalidad. La «exención de prueba» sería, según el voto discrepante, un privilegio más allá de la simple presunción *iuris tantum* y totalmente contrario al principio de igualdad de armas procesales. Si la Administración, pudiendo ceder el uso de sus locales conforme al Derecho público, prefirió hacerlo con sujeción al privado —dice el voto—, debe hacerlo con todas sus consecuencias. El art. 76 LAU, contra este planteamiento, no haría sino incrustar una potestad típicamente pública, en una cuestión que debe quedar sujeta plenamente a la jurisdicción privada.

**38. STC 367/1993, 13 de diciembre. BOE de 19 de enero 1994.
RA. Ponente: Díaz Eimil. Estimado. Conceptos: Responsabilidad civil derivada de hecho delictivo. Seguridad jurídica. Derecho a la tutela**

judicial efectiva y presunción de inocencia. Contradicción de sentencias firmes. Preceptos de referencia: Arts. 9.º3, 24.1 y 24.2 CE.

Se presentó denuncia ante el juzgado de distrito en relación a una falta de daños por imprudencia simple y se dictó sentencia absolutoria. Los denunciantes, estando todavía pendiente el juicio de faltas, y sin haber hecho reserva de la acción civil en el proceso penal, formularon demanda de juicio de cognición en base al art. 1.902 CC. El demandado fue absuelto del pago de toda indemnización y el fallo devino firme al no ser recurrida la sentencia por los actores. La sentencia dictada en el juicio de faltas fue apelada y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción apreció la existencia de imprudencia y condenó al denunciado a indemnizar a pesar de que éste aportó copia de la sentencia dictada en el proceso civil, que le absolvía de toda responsabilidad. El recurrente en amparo alega que la sentencia impugnada ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la presunción de inocencia.

EL TC no aprecia violación del derecho a la presunción de inocencia en la medida en que en la apreciación de la responsabilidad civil sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor de una obligación patrimonial de resarcimiento y no se trata de una resolución que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado punitivo, sancionador o limitativo de sus derechos (FJ 2).

En relación al derecho a la tutela judicial efectiva, el TC establece que la sentencia dictada en el proceso civil al ser firme vinculaba al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción porque de lo contrario ello comportaría aceptar que dos órganos judiciales juzgando los mismos hechos y desde la misma perspectiva jurídica pudieran llegar a dictar, conscientemente, resoluciones contradictorias entre sí (FJ 3). Por lo tanto, la sentencia impugnada infringe el principio de seguridad jurídica *ex art. 9.º3 CE* y el derecho a la tutela judicial efectiva *ex art. 24 CE* ya que es contrario al mismo la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios sobre una misma situación jurídica (FJ 3). Reconocida la violación del art. 24 CE, el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho puede ser adoptado directamente por el TC, simplemente declarando la nulidad de la sentencia de apelación impugnada (FJ 4).

39. STC 371/1993, de 13 de diciembre. BOE de 19 de enero de 1994. RA. Ponente: López Guerra. Desestimado. Conceptos: Libertad de expresión de los militares: límites específicos. Preceptos de referencia: Arts. 8.º1 y 20.1.a) CE.

Se aprobó la concesión de una serie de pensiones a los militares de la II República. El militar recurrente en amparo, en una carta publicada en un diario, consideraba respecto a dicha medida presupuestaria que «resulta poco ético regalar dinero a los amigos y regatear unas retribuciones a quienes las ganan sobradamente». Como consecuencia de haber remitido el ci-

tado artículo, se le impuso una sanción de catorce días de arresto en domicilio *ex art. 8.º28* de la Ley Orgánica 12/1985. En el recurso de amparo se denuncia la lesión del derecho a la libertad de expresión *ex art. 20.1.a)* de la CE ya que según él, en sus declaraciones se ha limitado a defender el servicio militar retribuido de los soldados y a criticar la prioridad dada a las pensiones de los funcionarios y militares de la II República. Se trata de determinar hasta qué punto el recurrente ha ejercido su derecho a la libertad de expresión o bien se ha extralimitado del ámbito constitucionalmente protegido (FJ 2).

Señala el TC que las libertades consagradas en el art. 20 CE no son únicamente manifestaciones de un derecho individual, sino que a la vez significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre. Sin embargo, el ejercicio de estos derechos está sujeto a límites constitucionalmente expresos, generales y comunes a todos los ciudadanos si bien determinados sectores pueden encontrarse con límites específicos (FJ 2 y 3). Podrán imponerse límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, siempre y cuando esos límites respondan a los principios primordiales y los criterios esenciales de organización de la institución militar, que garanticen no sólo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna, que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las Fuerzas Armadas (FJ 4).

EL TC considera que la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y opinión y los límites que al mismo se imponen como consecuencia de los deberes inherentes a un miembro de las Fuerzas Armadas, ha sido correctamente realizada ya que, en definitiva, lo que determinó la sanción no fue la exteriorización de su opinión, sino la falta de medida en la crítica pública formulada por el recurrente (FJ 8). Conferir gratuitamente a la decisión presupuestaria adoptada por los citados órganos constitucionales la intencionalidad de «regalar dinero a los amigos», calificando tal comportamiento de poco ético, supone, sin duda, una concurrencia del respeto debido a aquellos órganos del Estado que representan constitucional y legalmente los superiores jerárquicos del recurrente. Tales expresiones resultan formalmente irrespetuosas en el más estricto sentido de la palabra hacia esos órganos (FJ 9).

40. STC 374/1993, de 13 de diciembre. BOE de 19 de enero de 1994. RA. Ponente: Gimeno Sendra (Voto particular de Mendizábal Allende al que se adhiere García-Mon y González-Regueral). Desestimado. Conceptos: Derecho transitorio y tutela judicial efectiva. APLICACIÓN DE NUEVA REGULACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN. Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE y DT 2.º de la Ley 10/1992, de 30 de abril.

El recurso de amparo tiene como finalidad determinar si se ajusta a las exigencias de la tutela judicial efectiva el Auto del TS impugnado que

inadmite la casación, en virtud de la aplicación de las nuevas causas instauradas por la Ley 10/1992 a un recurso que, aunque preparado ante la Audiencia con anterioridad a la vigencia de aquélla, fue formalizado ante el TS un día después de la entrada en vigor de tal reforma procesal (FJ 1). La recurrente considera que se ha lesionado el art. 24 CE ya que la tramitación de la casación se inició ante la Audiencia, cuando todavía estaba vigente la anterior normativa y el recurso, en su integridad, debe acogerse a una única normativa (FJ 1).

Si bien el art. 24.1 CE no obliga al legislador, salvo en materia penal, a establecer en todo caso la doble instancia y es libre de determinar los requisitos para su admisión y tramitación, en cambio es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva denegar el acceso al recurso en atención a una causa legal inexistente o en aplicación no justificada ni razonable de alguna causa legal de inadmisión (FJ 2). La *ratio iuris* del pronunciamiento del TS se basa en la DT 2.^a de la Ley 10/1992, y según el TC la cuestión se plantea en relación a la interpretación que debe darse al término *interposición* del recurso. Según el TC la mencionada disposición es susceptible de diversas interpretaciones, y la realizada por el TS, aun sin ser la única posible, no puede ser tachada ni de irrazonada ni de arbitaria. El TS equipara el momento de *interposición* del recurso de casación no con su preparación ante la Audiencia, sino con la formalización del mismo ante el TS. La interpretación adoptada por otra parte se corresponde con la terminología y sistemática de la LEC (FJ 4). Por lo tanto, el acceso al recurso de casación ha sido denegado en base a criterios razonables y razonados. Además señala el TC, como ha hecho ya en anteriores ocasiones, que «no existe ningún precepto constitucional que fundamente el derecho de los justiciables a la inmodificabilidad del sistema de ordenación de los recursos legalmente establecidos y que, siempre que se respete el derecho de las partes a un proceso con todas las garantías, es constitucionalmente lícita la modificación legislativa de los recursos existentes en un momento dado y la extensión de las reformas a situaciones jurídicas precedentes mediante fórmulas de Derecho transitorio» (FJ 6).

A juicio del Magistrado que formula el Voto particular, debería haberse amparado al demandante, ya que la norma en que se basó la inadmisión del recurso de casación afecta a la predeterminación del Juez ordinario configurada como garantía esencial de una efectiva tutela judicial, *ex art. 24.1 CE* (FJ 3).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Javier BARCELÓ DOMÉNECH
Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Gabriel GARCÍA CANTERO
Regina GAYA SICILIA
Antonio JIMÉNEZ CLAR
M.^a Luisa VALLES AMORES

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Principio general del Derecho. Alegación en casación.—No puede prosperar el motivo: a) Porque en este caso, el fundamento del principio general del Derecho alegado (*res inter alios acta nec nocet nec prodest*) aparece claramente reconocido en el art. 1.257 CC, lo que da lugar a que según la doctrina de esta Sala no pueda ser admitido, por cuanto dado el rango jerárquico que les confiere el art. 1.1 CC, solamente pueden ser citados con éxito a falta de normas legales o consuetudinarias (*vid. ad exemplum* Sentencia de 18 de enero de 1975); b) Porque en el presente motivo lo que parece perseguirse es introducir la confusión en la solución de la cuestión, al pretender convertir a quienes han sido parte contratante tanto en la escritura pública como en la privada de compraventa cuestionadas, en terceros, lo que origina que ni los dos preceptos que se dicen infringidos (arts. 1.091 y 1.257 CC) ni el igualmente alegado principio general del Derecho puedan haberlo sido (STS de 12 de mayo de 1992; no ha lugar).

NOTA.—En el motivo segundo del recurso de casación, basado en el ordinal 5 del art. 1.692 LEC, se alega que ha existido infracción del principio general del Derecho *res inter alios acta nec nocet nec prodest*, que emerge entre otros en el CC, arts. 1.091 y 1.257, limitando el efecto de los contratos a las partes que los otorgan

(Sentencias de 28 de noviembre de 1973, 22 de julio de 1974, 7 de julio de 1980 y 20 de junio de 1983). (*A.C.S.*).

2. Interpretación de los contratos.—La norma principal sobre interpretación de los contratos es la contenida en el art. 1.281 del CC, siendo el art. 1.288 del mismo texto legal, una regla subsidiaria o complementaria de aquélla (Sentencia de 24 de mayo de 1964) y es pertinente por tanto su estudio conjunto, ya que la interpretación de los contratos, es función privativa de los Tribunales de instancia, que sólo puede combatirse cuando en el caso concreto la interpretación dada en la Sentencia conduzca el absurdo, o sea irracional o ilógica.

Aplicación del elemento sistemático en la interpretación.—Es evidente que de la redacción literal de una cláusula de un contrato, no puede extraerse su verdadero significado, sino dentro del contexto general del mismo, en correcto acatamiento a lo dispuesto en el art. 1.285 del CC, ya que la interpretación sistemática es la que puede mejor perfilar la verdadera intención de las partes, al no atribuir a una frase un significado *per se* en desconexión con las demás cláusulas que son expresión de la voluntad global de los contratantes. Así se pone de manifiesto en diferentes sentencias del TS (S. de 27-6-1964, 15-11-1972, 5-6-1981). Por ello la intención, que es el espíritu del contrato es indivisible, no pudiendo encontrarse ésta en una cláusula aislada, sino en el todo orgánico que constituye, llegándose a determinar el carácter imperativo del art. 1.285 CC, por la Sentencia del TS de 28-4-1975. (**STS de 12 de mayo de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.—El señor LL.M. que venía teniendo relaciones profesionales con Mapfre, S.A., de Seguros, como Agente Libre, entabla con fecha 1-1-1983, un contrato de Agente Afecto para realizar operaciones de producción en exclusiva para la Aseguradora citada. Durante la vigencia del mencionado contrato, surgieron divergencias entre las partes que ocasionaron la interposición de la demanda por LL.M., reclamando a la Aseguradora la propiedad de la cartera y comisiones correspondientes, basándose en una cláusula aislada del contrato «cartera de propiedad», que establecía tendría el demandante en su condición de Agente Afecto de Mapfre, S.A. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, ya que la propiedad de la cartera, salvo que el Agente sea libre, no da derecho al traspaso de cartera a otra Aseguradora a no ser con consentimiento expreso de la Aseguradora Primitiva. La Audiencia Territorial confirmó la Sentencia y desestimó la apelación. El TS no acogió el recurso. (*ML.V.A.*).

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

3. Tercería de mejor derecho: Graduación y prelación de créditos: Privilegio real de la garantía hipotecaria: Preferencia de los créditos escriturarios frente a los judiciales: Arts. 1.922.2, 1.926.1 y 1.924.3 del CC.—La declaración de la sentencia recurrida de que la tercerista no ostenta ningún crédito contra la ejecutada, impide que pueda plantearse el problema de la preferencia de créditos, que la parte recurrente aduce en la tercería. La jurisprudencia de esta Sala exige que el crédito, que se opone en la tercería de mejor derecho, exista, se halle determinada la cantidad en que consiste, y que esté vencido; sin que la fecha del vencimiento sea la decisiva, sino la escrituraria, lo mismo que no es decisiva la fecha en que se gane la sentencia, sino en la que adquiere firmeza (SS 21-10-1927, 27-4-1967 y 21-5-1975, entre otras). La violación por inaplicación de los arts. 1.922.2 y 1.926.1 CC, que se alega en el recurso, refiriéndola al privilegio real que representa la garantía hipotecaria, no se pudo producir hasta que la escritura de constitución de la hipoteca mobiliaria fuera inscrita en el Registro, y esto, por expresa determinación del art. 3, párrafos 3.^º y 4.^º, de la Ley de 16 de diciembre de 1954, en el que se priva, a las escrituras no inscritas, de los derechos que, la misma Ley, les reconoce en el art. 10. Por lo que se refiere a la supuesta inaplicación del art. 1.924.3 CC, en cuanto alude preferencias de los créditos escriturarios frente a los judiciales, resulta obligado repetir nuevamente que en la escritura pública de 20 de agosto de 1984, no aparece determinada la existencia, ni la cuantía efectivamente satisfecha, por cuenta de la ejecutada, al Monte de Piedad; circunstancia que impide pasar a determinar la prelación en función de la antigüedad, que en el precepto se señala, cuando de dos auténticos créditos se trata. (**STS de 14 de mayo de 1992;** no ha lugar).

HECHOS.—Con fecha 20 de julio de 1984, la ejecutante traba embargo sobre «una cadena de fabricación de turron compuesta por veinte elementos», propiedad de la ejecutada; embargo que no es anotado en el Registro. Con fecha 20 de agosto del mismo año, la ejecutada otorga escritura de hipoteca mobiliaria sobre la misma cadena de fabricación, en favor de la tercerista, en garantía de las cantidades que esta última podría tener que pagar como consecuencia de aval prestado a la ejecutada ante el Monte de Piedad de Córdoba. El día 6 de noviembre de 1984 se dicta sentencia de remate en los autos de juicio ejecutivo, mandando seguir adelante la ejecución; sentencia que adquiere firmeza. La hipoteca mobiliaria no se inscribe en el Registro hasta el 24 de diciembre de 1985. En autos no consta que la tercerista haya pagado al Monte de Piedad, como consecuencia del aval, cantidad alguna; sí consta que, en 10 de diciembre de 1986, cuatro meses después de presentada la demanda de tercería la ejecutada es deudora del Monte de Piedad. La

sentencia recurrida establece, como probado, que la tercerista no ha justificado, al momento de interponer la demanda, haber efectuado pago alguno por cuenta de la ejecutada. Los Tribunales de 1.^a y 2.^a instancia desestiman la demanda de tercería de mejor derecho. El tercerista interpuso recurso de casación, por infracción de ley y doctrina legal, al amparo del art. 1.692.5 LEC, citando como infringidos, por inaplicación, los artículos citados, en relación los dos primeros, con el art. 10 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión de 16 de diciembre de 1954. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*ML.V.A.*).

4. Reclamación de honorarios de Arquitecto. Prescripción.—La sentencia resulta totalmente imprecisa, en cuanto no expresa el día determinado del inicio del cómputo prescriptivo y lo hace en forma un tanto abstracta, y en contradicción a la doctrina jurisprudencial que exige la fijación de un término claro desde el cual empieza a contarse el plazo legal prescriptivo, ya que esta institución en su aspecto extintivo, ha de ser tratada restrictivamente, en cuanto quiebra el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y la dinámica consecuente de los derechos derivados, pues no se basa en razones de justicia intrínseca, sino que actúa legitimadora al ejercicio tardío de los derechos.

Reconocimiento de deuda.—El reconocimiento de deuda es válido y lícito y mediante dicho pacto obligacional el deudor admite, comprometiéndose, como existente contra el que reconoce y asimismo respecto a terceros, la realidad de un crédito pendiente, instrumentándose a efectos de que el acreedor cuente con un medio idóneo de prueba o se patentice y advere la existencia efectiva de una deuda pendiente respecto al que la aprueba, de manera que viene a adquirir fuerza vinculativa y como dice la sentencia de 27 de noviembre de 1991, con efecto probatorio si se hace de manera abstracta y también constitutivo si se expresa su causa justificativa. (**STS de 30 de mayo de 1992; ha lugar**).

HECHOS.—Los demandantes prestaron servicios profesionales de Aparejadores a la empresa demandada, para la construcción de diversas edificaciones, siendo su vinculación la propia de un contrato de arrendamiento de servicios (*J.B.D.*).

5. Resolución de contrato de compraventa. Arts. 1.124 y 1.504 del CC.—Se reitera la doctrina sentada en Sentencia de 22-1-91, que dice: «Se acusa en el único motivo del recurso la infracción de los arts. 1.124 y 1.504 CC, motivación rechazada de acuerdo con constante y reiterada jurisprudencia, que proclama que el art. 1.124, como precepto genérico, y aparte de otras alternativas frente al incumplimiento, se refiere a toda clase de contratos bilaterales, cuando se incumpla por parte de uno de los obligados,

en cuyo caso, automáticamente, el perjudicado podrá instar la resolución, aunque, claro es, ese remedio no esté perfectamente previsto en el contrato, porque se trata de una facultad implícita en las recíprocas; «en tanto el art. 1.504 CC, como norma específica, sólo juega en la venta de inmuebles y sólo ante el incumplimiento por impago del precio, total o parcial, sancionándose entonces que «aun cuando se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución, y el comprador podrá pagar aun después de expirado el plazo, interin no sea requerido», hecho el requerimiento el Juez no podrá concederle nuevo término, norma que excepciona la genérica del 1.124, siendo preciso no un mero incumplimiento, sino una voluntad rebelde y declarada de faltar a los deberes contraídos —S. 3-3-67; voluntad reiterada y rebelde que ha suavizado la moderna jurisprudencia, falta de cumplimiento que fustre el fin específico perseguido por la partes— S. 24-2-90; constituyendo una *quaestio facti* la determinación del incumplimiento, S. 20-6-90. (**STS de 21 de mayo de 1992; no ha lugar.**)

HECHOS.—Se formula demanda sobre resolución de un contrato de compraventa de inmueble con precio aplazado. El contrato de referencia consistía en la venta de 20 participaciones de que era dueño el actor de la mercantil B..., S.L., así como la transmisión de la industria «B.S.» que venía siendo explotada por la citada Compañía. Las sentencias de 1.^a y 2.^a instancia declararon resuelto el contrato de compraventa a consecuencia del impago de las cantidades convenidas como precio aplazado. Recurrida, por los compradores, la sentencia de la Audiencia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*ML.V.A.*).

6. Resolución de contrato de compraventa de inmueble por incumplimiento: art. 1.504 CC. Interpretación de los contratos.—La sentencia de casación reitera la notoria doctrina Jurisprudencial, en orden a la incongruencia, de que tal vicio sólo es atendible cuando la irregularidad se comete en la parte dispositiva de las sentencias, y, como las recurridas se limitan a estimar la demanda, se ajustan, por tanto, al *petitum*, procediendo la desestimación de este motivo. Se estima la denunciada infracción del art. 1.285 CC, en relación con el contenido de la cláusula 3.^a reguladora del supuesto de pago anticipado, ya que, la circunstancia de quedar sin especificar el porcentaje ha de tenerse en cuenta para aplicar, a las cantidades anticipadas, el mismo porcentaje que a las retrasadas, en evitación de que, tal imprecisión, pueda suponer un fraude de derecho en perjuicio de tercero de buena fe, debiendo interpretarse en sentido igualitario para los retrasos y para los anticipos. Igualmente se estima la denunciada infracción del art. 1.504 CC, ya que, de acuerdo con notoria y reiterada doctrina jurisprudencial y científica, cualquier incumplimiento no es suficiente para calificarlo de rebelde, sino que es preciso que exista una conducta culposa

imputable al obligado, y una decidida voluntad contraria al pago (Sentencias de 22-1-91, 3-3-67, 2-4-90, 20-6-90, y otras muchas). (**STS de 26 de mayo de 1992; ha lugar**).

HECHOS.—Por contrato se estipula la compraventa de finca urbana, estableciéndose precio cierto, del cual se abonan unas cantidades en el acto inicial; se suscriben 168 letras de cambio con diferentes vencimientos, y se estipula que la falta de pago de cualquiera de las cantidades aplazadas dará derecho a la rescisión de este contrato con los efectos correspondientes, si bien los pagos atrasados que satisfagan, devengarán un interés del 18 por 100. Las sentencias de 1.^a y 2.^a Instancia dan lugar a la demanda formulada por el vendedor y declaran resuelto el contrato de compraventa (...) con la obligación, por parte de los demandados, de desalojar el inmueble y ponerlo a disposición del vendedor, con la pérdida de la parte del precio entregado a cuenta, como indemnización de daños y perjuicios. Los condenados interponen recurso de casación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, dejando sin efecto la sentencia dictada en Segunda instancia —confirmatoria de la de primera instancia— casándola y absolviendo a los demandados de la demanda en su contra formulada. (*ML.V.A.*).

7. Resolución de contrato de compraventa de inmueble:
Art. 1.504, en relación con los arts. 1.124 y 1.125, todos del CC.—Requisito indispensable para que pueda prosperar la acción resolutoria de contrato de compraventa que se ejercita, por falta de pago del precio convenido, es, según establece de modo taxativo e indubitable, el art. 1.504 CC, que el comprador haya sido requerido, con carácter previo, judicialmente o por acta notarial, de modo que, cuando tal requerimiento no se ha practicado, como ocurre en el caso presente, ni siquiera se ha intentado, no cabe invocar la aplicación del citado artículo con los efectos que se solicitan. (...). No puede considerarse, como si de preceptos aislados sin conexión, uno con otro, se tratara los arts. 1.124 y 1.125, pues como indica la jurisprudencia, «el art. 1.504 CC, como norma específica fija las consecuencias resolutorias de las compraventas de bienes inmuebles por impago del precio, complementando así lo sancionado en la norma genérica del art. 1.124 CC (Sentencia de este Tribunal de 14 de febrero de 1991, entre otras). (**STS de 26 de mayo de 1992; no ha lugar**).

HECHOS.—Una Entidad Mercantil formuló demanda solicitando la resolución de un contrato de compraventa de un inmueble, por impago del precio convenido por la parte compradora. Las Sentencias de 1.^a y 2.^a instancia desestimaron la demanda basándose en el incumplimiento por el vendedor de los requisitos legales que sobre resolución de los contratos establece el CC. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*ML.V.A.*).

8. Compraventa de inmuebles: Resolución por incumplimiento: Voluntad obstativa al cumplimiento.—No es necesario para la resolución de la compraventa la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde por parte del comprador al cumplimiento de su obligación de pago del precio, sino que es suficiente patentizar la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido, que por su trascendencia pueda justificar la resolución, por implicar tal voluntad un fracaso de las legítimas expectativas del vendedor como contratante y quedar así el cumplimiento del contrato al arbitrio del comprador, lo que prohíbe el art. 1.256 CC; resulta irrelevante que el requerimiento de resolución se hiciese ocho días antes del vencimiento del segundo talón, puesto que ya se había dejado impagado el primero, constaba la carencia de fondos de la cuenta cuando el requerimiento se hizo y ciertamente el recurrente no ha satisfecho aún la parte de precio base de la resolución, en tanto que continúa disfrutando del uso del local desde hace más de seis años.

Art. 1.502: Temor de perturbación.—No ha existido el temor fundado de que el comprador se vea perturbado por parte del vendedor, o de otras personas, con el ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria, ya que los hechos que apunta el recurso nada tienen que ver con el ejercicio de aquellas específicas acciones reales; según reiterada jurisprudencia, el art. 1.502 ha de interpretarse restrictivamente, y su supuesto de hecho no puede ampliarse a casos distintos no comprendidos en el texto legal (SS de 20 de diciembre de 1989 y 15 de julio de 1991), sin que baste para entenderse fundado el temor el hecho de no hallarse inscrita la finca en el Registro en favor del vendedor (S. de 11 de octubre de 1974).

Suspensión del pago del precio: Notificación al vendedor.—Es necesario que la decisión de suspender el pago se notifique con carácter previo al vendedor, pues esa decisión no puede ser indefinida ni puede subsistir cuando el vendedor afianza la devolución del precio, lo que no podría hacer si no se le notifica esa facultad suspensiva (S. de 25 de junio de 1964). (**STS de 4 de junio de 1992;** no ha lugar).

NOTA.—La invocación del art. 1.502 CC por el comprador renuente al pago del precio aplazado se hizo con total carencia de apoyo fáctico, por lo cual la doctrina jurisprudencial es de tipo general sin profundizar en la problemática que en otro lugar he expuesto (*Comentarios Albaladejo*, XIX, 2.^a ed., pp. 447 ss., sobre si la perturbación en la posesión o dominio pueden interpretarse no restrictivamente). Se trata de un incumplimiento, vulgar y corriente, de la obligación de pagar la parte aplazada del precio, sin ninguna clase de justificación; en el recurso se invoca el art. 1.502, sin base fáctica. La S. recuerda la reciente doctrina jurisprudencial superadora de la tradicional «voluntad rebelde al cumplimiento». Sentencia plenamente de aprobar con la reserva hecha. (*G.G.C.*).

9. Calificación del negocio jurídico.—Los negocios jurídicos así como los derechos y las facultades que la integran son lo que conforme a su naturaleza les corresponde y nunca podrán ser configurados por los Reglamentos distorsionando o desvirtuando su infraestructura y esencia que les viene definida por las Leyes.

Errónea calificación como retracto.—El retracto convencional no es apto como institución jurídica para definir el supuesto que se contempla en los autos, toda vez que el retracto convencional (artículo 1.507 del Código Civil), tendrá lugar cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518 y lo demás que se hubiese pactado, es decir que el retracto convencional opera siempre a impulso de la voluntad unilateral del vendedor, dentro de un plazo marcado dentro de los límites prevenidos en el artículo 1.508 del mismo Cuerpo legal, lo que es muy diferente de lo establecido en la cláusula tercera del contrato de compraventa en que ese hipotético retracto que con tanta insistencia sostiene la parte recurrente, no opera por la voluntad exclusiva del vendedor, sino en función del cumplimiento o no de dos requisitos voluntariamente aceptados por el comprador que son su ocupación por él mismo y la no transmisión a terceros antes del 1 de junio de 1986, que al quebrar antes de esa fecha, como ha acontecido según la declaración fáctica de la Sala de instancia, y comportar una desobediencia a lo pactado lleva aparejada la cláusula resolutoria implícita genérica prevista en el artículo 1.124 o de la condición estipulada (artículo 1.118). (**STS de 12 de mayo de 1992; no ha lugar**).

HECHOS.—Un Organismo Autónomo instó la resolución de un contrato de compraventa que había otorgado como vendedor, por entender que los demandados habían incumplido las condiciones de ocupación y de no transmisión pactadas en el mismo. (*J.B.D.*).

10. Responsabilidad solidaria por defectos en la construcción de edificios.—La solidaridad tantas veces declarada en esta materia, por venir más acomodada que la mancomunidad simple a la obligación dimanante de un precepto legal, a la identidad de origen del deber de indemnizar, al resultado de la obra edificada como un todo y a la realidad de que el suceso dañoso ha sido provocado por una acción plural, sin que pueda predicarse la proporción en que cada uno de los factores ha influido en la ruina occasionada por la conjunción de causas... tiene incluso apoyo legal en el art. 1.138 del CC (S., ya citada, de 9 de octubre de 1981) e impide por su propia naturaleza el acogimiento del litisconsorcio pasivo necesario... (**STS de 4 de junio de 1992; no ha lugar**).

HECHOS.—Diversas Comunidades de Propietarios de Bilbao demandaron a don Roberto (promotor, constructor y vendedor de

las viviendas), instándole a que efectuase determinadas obras de reparación de los defectos existentes en los inmuebles de dichas Comunidades. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, siendo esta sentencia revocada por la de la Audiencia Provincial. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto. (*J.B.D.*).

11. Arrendamiento de local destinado a restaurante dentro de un complejo turístico: Calificación del contrato; Exclusión de la LAU.—La singularidad del arrendamiento de un local dedicado a negocio de restaurante radica en las notas siguientes: 1.^a La ubicación dentro del «Complejo turístico del Pueblo Español y Palacio de Congresos», esto es, de una entidad, constituida con fines negociales, una de cuyas actividades básicas consiste en atraer el mayor número de visitantes posibles, a cuyo efecto, considera oportuno que entre sus alicientes funcione un negocio de las características del instalado en el local que se arrienda; y 2.^a La circunstancia de figurar interpuesta en la libre actuación del empresario que arrienda el local, la existencia de ese otro negocio principal dentro del cual el local arrendado para restaurante, debe considerarse como elemento subordinado al conjunto, lo que determina el cumplimiento de determinadas reglas, que al tiempo que supeditan el funcionamiento del negocio accesorio a la necesidad de su observancia, garantizando el mayor desarrollo y continuidad de las actividades del complejo, hace que no pueda asimilarse, sin más, el referido arrendamiento a un contrato de arrendamiento de local de negocio sujeto a la ley especial, pues esta figura contractual presupone una finalidad de establecimiento de negocio propio que señala el art. 3 de LAU, cualidad que, por mucho que fuera la autonomía de instalación y de prestación de servicios que el restaurante tuviera, no es compatible con las que describen las peculiaridades del caso (**STS de 25 de mayo de 1992**; no ha lugar).

NOTA.—Acertada calificación del contrato (Pte. Almagro No-sete), teniendo en cuenta que el local arrendado carecía de entrada directa para que el público desde el exterior del recinto, de manera que los clientes debían abonar previamente la entrada al complejo turístico; el Restaurante debía funcionar durante las horas de visita al recinto, e inexcusablemente, todo el año salvo el mes de vacaciones, concertándose —en beneficio del arrendatario— un régimen específico para las cenas. En el 3.^º FD se hace una aguda descripción de los móviles de los contratantes: «Motivación relevante al tiempo de la celebración del contrato fue para el arrendatario aquella clientela expectante que, en gran parte, dependía de los atractivos generales del negocio de los arrendadores, dentro del cual se establecía situación que no cabe confundir con las expectativas que para cualquier negocio comporten las economías verdaderamente externas al mismo, aun dependientes de su ubicación u otros factores concomi-

tantes, dado que lo cierto es, desde una perspectiva objetiva, que el negocio de restaurante tenía carácter ancilar respecto del principal, cuya finalidad no consistía en el arrendamiento de locales de negocio». (G.G.C.).

12. Arrendamiento de local de negocio; Traspaso inconsentido; Fusión de entidades bancarias; Cláusula contractual autorizando el traspaso; Interpretación.—La cláusula del contrato de arrendamiento en cuya virtud «el propietario arrendador autoriza expresamente al Banco de Bilbao, S.A., para que pueda ejercitarse el derecho de traspaso, relevando expresamente al nuevo adquirente de la obligación de destinar el local a negocio de la misma clase al que venía ejerciendo el arrendatario», no exime de cumplir los demás requisitos legales aplicables, pues de no ser así ello implicaría dejar el contrato arrendaticio totalmente al arbitrio del arrendatario en un extremo que afecta al derecho de dominio en cuanto supone disponer del uso y disfrute del inmueble objeto del contrato, y en el aspecto contractual infringe el art. 1.256 CC; por otra parte la función interpretativa incumbe al Tribunal *a quo*, a la que ha de estarse en casos como el presente, en que se atiene a las reglas de la lógica y del buen sentido.

Fusión de sociedades a efectos arrendaticios.—Prescindiendo de un estudio más detenido acerca de la naturaleza jurídica y efectos de la fusión de sociedades, y de si el efecto principal que produce es o no una sucesión universal de las entidades fusionadas por la nueva entidad resultante de la fusión, lo evidente e indubitable en el caso contemplado es que surgió, por fusión de las anteriores, una nueva sociedad ocupante del local arrendado, sin que ello se comunicara al arrendador más que cuando ya se había consumado la cesión del local, lo que constituye causa resolutoria del contrato de arrendamiento.

Doctrina jurisprudencial sobre absorción de sociedades: No es aplicable a la fusión.—Los supuestos de hecho de las SS de 1 de diciembre de 1983 y 23 de febrero de 1988 no se identifican con el contemplado en esta litis, ya que en aquéllas se parte de una absorción de una sociedad por otra, continuando siendo la misma la arrendataria absorbente y, por tanto, sin alteración en la personalidad del arrendatario, y, en cambio, en el caso *sub iudice*, ambas sociedades se fusionan, lo que implica desaparición de la anterior personalidad de cada una para surgir una nueva sociedad; en este sentido se ha declarado que si la arrendataria es la sociedad absorbente no hubo introducción de persona jurídica ajena al contrato (S. de 25 de junio de 1983), lo que permite deducir *a sensu contrario* que tal introducción de persona ajena sí se produce en los supuestos de fusión y creación de una nueva sociedad.

Exclusión legislativa de la fusión como supuesto de traspaso: Irretroactividad de la Ley 19/1989.—Esta disposición, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia

de sociedades, dio nueva redacción al apartado 4.^º del art. 31 LAU, estableciendo que no se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades mercantiles, aunque el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiera producido, lo que implícitamente viene a reconocer que con anterioridad a su entrada en vigor, que tuvo lugar el 1 de enero de 1990, la fusión producía el efecto resolutorio de los contratos de arrendamiento de local de negocio, como reiteradamente había declarado la jurisprudencia, y, por otro lado, tal norma es inaplicable al supuesto de autos por haberse promulgado cuando el pleito estaba resuelto en segunda instancia y carecer de efecto retroactivo.

No hay analogía con la subrogación *mortis causa*.—El traspaso o cesión arrendaticia está expresamente contemplado en las leyes y no es confundible con la subrogación *mortis causa* en lugar del arrendatario de local de negocio, prevista en el art. 60 LAU, que no tiene analogía con el debatido (**STS de 13 de mayo de 1992**; no ha lugar).

NOTA.—Como es sabido, la legislación arrendaticia urbana todavía en vigor, por mor del *favor locatoris*, hubo de establecer un rígido sistema de causas extintivas del contrato, obligando a la jurisprudencia a elaborar principios tales como el de «introducción de otra persona en la relación arrendaticia», proclive a no pocas injusticias en su aplicación al caso concreto, según se acentuara en mayor o menor medida el formalismo. La prolongada vigencia de aquella normativa ha hecho que tuviera que confrontarse con situaciones absolutamente impensables para el legislador de 1964, tales como la desaparición de organizaciones políticas del anterior Régimen o creación de nuevas entidades político-administrativas, dando origen a soluciones no siempre uniformes. Mayor uniformidad se ha dado en relación con los fenómenos que afectan a las sociedades mercantiles, especialmente las fusiones bancarias que han obligado a intervenir al legislador. Si la doctrina ha calificado a la Ley 19/1989, de 25 de julio, en el punto aquí tratado, de atentar «contra los más elementales principios de seguridad jurídica y justicia distributiva» (FUENTES LOJO, *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, 9.^a ed., Barcelona, 1994, II, p. 1868), la S. aquí extractada (Pte. Santos Briz) parece inspirarse en parecidos criterios. Obsérvese que toda esta compleja construcción jurisprudencial, con sus forzadas interpretaciones *a contrario*, dejará de tener aplicación si se aprueba el Proyecto que ahora se debate en las Cortes. (G.G.C.).

13. Contrato de agencia inmobiliaria: Naturaleza jurídica: Doctrina general.—El contrato de agencia inmobiliaria, como dice la S. de 26 de marzo de 1992, se presenta revestido de atipicidad, pero dotado de propio contenido sustantivo, generándose al amparo de la libertad de contratación que autorizan los arts. 1.091 y 1.255 CC, y si bien mantiene aproximaciones

a los contratos de mandato, corretaje, arrendamiento de servicios y contrato laboral, predomina en el mismo la función de gestión mediadora por lo que reviste naturaleza de pacto de encargo, al interesar al Agente, en su condición de intermediario, para que por sus relaciones con el mercado inmobiliario, oferte a la venta determinados bienes, aportándose los datos de los mismos y un precio inicial que suele ser indicativo. El agente, salvo apoderamiento y representación expresa, no interviene directamente en la conclusión de la compraventa final, aunque esté autorizado a recibir cantidades a cuenta, si bien coadyuva eficazmente a la misma y su propia función es predominantemente pregestoria, al hacer posible contratar, cesando una vez pone en relación a las partes, que son las que han de celebrar el futuro convenio final; lo que se conforma a la normativa de su actividad profesional contenida en el RD de 19 de junio de 1981, que aprobó los Estatutos Generales de la Profesión de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de sus Colegios Oficiales y Consejo General.

Derecho a los honorarios del Agente Inmobiliario.—Los consecuentes honorarios de los Agentes se devengan, salvo pacto expreso que contempla otra modalidad, si su actividad resulta eficaz, al celebrarse y tener positiva realidad jurídica el contrato o negocio objeto de la mediación, como consecuencia de la actividad desplegada por el Agente mediador, que no se obliga, por ello, a responder del buen fin de la operación, lo que requeriría un pacto especial de garantía, como prevé el art. 272 C. com. para la comisión (SS de 12 de marzo, 18 de septiembre y 1 de diciembre de 1986, 1 y 17 de mayo y 6 de octubre de 1990, 11 de febrero y 26 de marzo de 1991), doctrina jurisprudencial reiterada que no es frontalmente opuesta a los Estatutos referenciados, en cuanto que al tratarse de normas administrativas, no alteran la naturaleza del contrato de Agencia Inmobiliaria regido por el Derecho civil; así su art. 23 es acorde al determinar que el derecho a percibir la retribución «surgirá al perfeccionarse el negocio a que se refiere la intervención pactada o al finalizar el trámite encargado», en lo que también coincide la norma primera de las reguladoras de las bases mínimas de honorarios del Colegio Oficial de Vizcaya.

Intervención de Agentes sucesivos: Momento de la perfección de la compraventa y derecho al devengo de honorarios.—La sentencia recurrida adolece de manifiesta incorrección legal e infringe el art. 1.450 en relación con el 1.261 CC, pues en las actuaciones ha quedado suficientemente constatado que la actividad encaminada a la afectiva perfección y consecución de las ventas de los terrenos al Ministerio, entonces del Ejército, se practicaron por la actividad desplegada por el hoy recurrente. (**STS de 21 de mayo de 1992; ha lugar.**)

NOTA.—Se trata de un supuesto de intervención sucesiva de varios Agentes de la Propiedad Inmobiliaria en función de mediación de compra de terrenos para el entonces Ministerio del Ejército, que se remonta a 1978, que no condujo a ningún resultado práctico

al quedar interrumpida en fecha indeterminada; se reanuda «con fuerza ya decisoria» —dice el 4.^º FD— en 1982, otorgando los propietarios interesados apoderamiento notarial a Don Rufino U. quien lleva a cabo una actividad de entrevistas y gestiones, sin llegar a fijar precios definitivos pues fallece en julio de 1982, aunque la duración del encargo era temporal; con fecha 23 de dicho mes los propietarios otorgan poder a don Jesús G. como Agente, solidariamente con una hija del fallecido en calidad de Letrada en ejercicio, para continuar las gestiones, que llegaron a su culminación el 31 de diciembre de 1982; mientras tanto los propietarios habían revocado el poder a la hija del fallecido manifestando su voluntad de que no interviniere en el otorgamiento de la escritura de venta. Don Jesús G. interpone una demanda contra los propietarios solicitando se declare su derecho a percibir el 3 por 100 del precio de venta, obteniendo sentencia favorable en primera instancia, si bien en apelación se fija el siguiente porcentaje de reparto de honorarios; 75 por 100 al primer Agente don Rufino, y 25 por 100 al actor. Al estimarse el recurso interpuesto por don Jesús G., queda en pie la sentencia de primera instancia que otorga el 100 por 100 de los honorarios al Agente que culminó la operación.

La S. extractada reitera una conocida doctrina jurisprudencial sobre el derecho a percibir honorarios por el Agente Inmobiliario, si bien en el caso de gestiones prolongadas, especialmente cuando se llevan a cabo con la Administración Pública, pueden conducir a resultados poco equitativos. Parece traslucirse una situación de armonía y entendimiento entre el Agente fallecido y el nuevo, como se deduce del hecho de incorporar al contrato a una hija de aquél; en determinado momento la armonía se rompe y la hija queda fuera de la actividad gestoria por revocación (*¿inducida?*) de los poderdantes. El 4.^º FD expresa una opinión significativa respecto a la actuación del primer Agente, afirmando que «seguramente hubiera culminado su actuación prenegocial de no haberle sobrevenido la muerte», aunque añade inmediatamente que su mandato hubiera expirado antes de la fecha en que efectivamente se concluyó la operación, lo que constituye una valoración de un futurable que nada añade a la correcta argumentación de la sentencia. La S. dictada en apelación carecía de todo apoyo jurídico y sólo podía basarse en razones de equidad. Respecto a las normas administrativas que regulan los aspectos profesionales de la actividad inmobiliaria, deja claro la S. que no pueden derogar el Derecho contractual civil, esforzándose, en todo caso, por resaltar los preceptos que lo confirman. (G.G.C.).

14. Culpa extracontractual: Daños en propiedad privada por obras encargadas por el Ayuntamiento.—Procede la aplicación del

art. 1.902 CC por cuanto: 1.^º Las obras de acondicionamiento realizadas en la plaza del pueblo originaron daños y perjuicios en la casa propiedad de la actora; 2.^º Las referidas obras corren por cuenta y riesgo de la Corporación recurrente; 3.^º Las deficiencias experimentadas por el inmueble de la actora son imputables al Ayuntamiento como autoridad que aprobó la ejecución de las mismas; en consecuencia procede declarar la indeclinable responsabilidad extracontractual de la referida corporación, tanto por culpa *in vigilando* como *in eligendo*, de conformidad con la doctrina de esta Sala y por aplicación del art. 1.903 pár. 4.^º CC, en relación con el art. 106 CE.

Incompetencia de jurisdicción: Práctica viciosa.—Independientemente de que, por su carácter y naturaleza, la incompetencia jurisdiccional, aunque no haya sido denunciada, puede estimarse de oficio por los Tribunales sin incidir en incongruencia, es de poner de relieve que constituye una reprobable costumbre forense omitir aquélla en la contestación a la demanda e incluirla entre los motivos del recurso, ya que puede contribuir a coartar en cierta medida los mecanismos de defensa y garantías de la contraparte.

Carácter civil de la reclamación de un particular contra un ayuntamiento por daños.—Se trata de responder extracontractualmente de los daños experimentados por bienes propiedad de un particular, que ninguna relación civil ni administrativa tuvo con la entidad edilicia, lo que da lugar a que esta última —como tiene ya expresado esta Sala con cierta reiteración— no merezca otra consideración que la correspondiente a cualesquiera personas jurídicas privadas, lo que proyecta la competencia sobre Tribunales de la jurisdicción ordinaria civil, como pone de relieve el art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; criterio que constituye doctrina reiterada de esta Sala (SS de 22 de noviembre de 1985, 1 de julio de 1986, 2 de febrero y 31 de marzo de 1987, 30 de abril, 31 de octubre y 23 de noviembre de 1991).

Falta de reclamación previa en vía administrativa: Defecto formal.—Sólo puede ser combatida por los cauces del ordinal 3.^º del art. 1.692 LEC y no por los del 5.^º, como aquí se ha hecho.

Equiparación entre la reclamación previa y el acto de conciliación: Doctrina jurisprudencial prevalente.—Según S. de 20 de marzo de 1975, la doctrina jurisprudencial de este TS, si bien en alguna ocasión sostuvo la disparidad entre el acto de conciliación y la falta de reclamación previa en la vía gubernativa, afirmando que la segunda era un vicio insubsanable al modo como aparece en las SS de 22 de marzo de 1963 y 26 de abril de 1974 —últimas de las recaídas sobre el tema—, pero en su inmensa mayoría que constituye un cuerpo de doctrina homogénea que debe ser mantenida, se inclinó por la tesis de que los dos institutos eran equiparables por su finalidad, que no podía decirse alterada por el hecho de que en un caso interviniese la Administración Pública, justo porque no lo hace con la potestad o imperio que le es característica, sino como una simple persona jurídica privada, actuando en su virtud no un verdadero interés público,

sino privado; doctrina que reiteran las diez sentencias que en ella se citan y la de 10 de julio de 1985.

Denuncia de mora.—En la exégesis de toda norma deben tenerse en cuenta tanto sus aspectos lógico como sistemático, sin olvidar cuando fuere preciso el gramatical y el social; y al haber optado la reclamante por la denuncia de la mora ante el Ayuntamiento demandado, ello le autoriza para ejercitar la pertinente acción procesal ante los Tribunales civiles, y sin sujeción a las limitación de tiempo que el art. 142 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala para su ejercicio, dado que éstas, al venir referidas únicamente a la reclamación previa, no deben ser aplicados a los supuestos de denuncia de mora, por cuanto implicaría una interpretación extensiva de un precepto perjudicial para los intereses de los particulares, lo cual no está permitido según una muy constante doctrina de esta Sala.

Incongruencia.—No incide en incongruencia la sentencia que condena al Ayuntamiento demandado a construir una acera en la plaza y a acondicionar las jardineras existentes en la misma, cuando el *petitum* de la demanda solicitaba la condena a realizar todas las obras de reparación que en dicho lugar fueran necesarias para corregir los daños experimentados, dentro de cuya generalidad se encuentra comprendida la concreción realizada por el Juzgador en ambas instancias, más aún cuando en tal decisión han desempeñado relevante papel las pruebas periciales y de reconocimiento judicial, lográndose con ello una notable rapidez y economía en la solución del pleito, evitando lo que aquí sería una larga tramitación de la ejecución de sentencia. (STS de 14 de mayo de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Trasluce en esta sentencia lo que podría calificarse de «enfado» de la Sala 1.^a ante una actuación procesal dirigida a eludir la competencia que una reiterada jurisprudencia ha atribuido a los Tribunales civiles en las reclamaciones de los particulares por culpa extracontractual de la Administración. La S. extractada (Pte. Martín-Granizo) no vaciló en calificar de «reprobable costumbre forense» la de reservarse para el recurso de casación la alegación de la incompetencia jurisdiccional, con posible mengua de las garantías procesales de la contraparte. El interrogante abierto es el siguiente: ¿Mantendrá el TS su competencia cuando tenga que aplicar la nueva Ley de 1992 sobre responsabilidad de la Administración pública en todos sus niveles? (G.G.C.).

15. Responsabilidad civil extracontractual. Daños por publicidad engañosa.—La culpa extracontractual que originariamente se basó en el elemento subjetivo de la culpabilidad, ha evolucionado por las necesidades de los tiempos, la complejidad de las relaciones socio-económicas, y avances industriales, con la aparición de nuevas tecnologías, que si bien pueden significar progreso, también aportan mayores riesgos, ya que, al aumentarse

el potencial positivo, también sucede que se incrementa el negativo. (**STS de 30 de mayo de 1992; ha lugar.**)

HECHOS.—«Construcciones Agrícolas Aguirre, S.L.», demandó a «Vicon España, S.A.», como consecuencia de una entrevista a un agricultor que la última insertó como publicidad en una revista especializada, en la que se criticaba cierto producto de la primera. «Vicon» había contratado con Manuel R. F. la publicidad de sus fabricaciones, teniendo este agente capacidad para la dirección, organización y ejecución de los servicios objeto del convenio. La entrevista con el agricultor se hizo en presencia del distribuidor de «Vicon» en la zona. (*J.B.D.*)

4. DERECHOS REALES

16. Requisitos para la viabilidad de la acción reivindicatoria. Efectos de la misma.—«Dicha acción exige para su viabilidad, aparte de la identidad de la finca, lo que no se discute, que el poseedor de la misma y que se trata de reivindicar, carezca de títulos adecuados de propiedad, así-mismo que el reivindicante esté asistido de títulos necesarios, eficientes y suficientes de dominio. Se produce de esta manera una confrontación de títulos, imponiendo al que ejerce la acción para que pueda prosperar, que pruebe cumplidamente su relación dominical sobre la finca que clama (Sentencias de 28 de noviembre de 1986, 7 de octubre y 28 de noviembre de 1988, 1 de diciembre de 1989 y 27 de junio de 1991, entre la numerosa doctrina dictada por esta Sala sobre la cuestión), pues el efecto principal es la restitución de la cosa para integrarla en la legitimidad del propietario correspondiente y la consiguiente liquidación del estado posesorio que mantiene el contradictor.»

Falta de idoneidad de las reformas y reconstrucciones realizadas en un inmueble para enervar la acción reivindicatoria.—«... las posibles reformas y reconstrucciones llevadas a cabo en la misma, en forma alguna son eficaces y dotadas del contenido jurídico necesario para enervar la acción reivindicatoria postulada. En este sentido la sentencia recurrida no resulta de acorde a la normativa legal (art. 348 del Código Civil) y jurisprudencial a aplicar».

La inclusión de un inmueble en el inventario formado en juicio de testamentaría no genera un título acreditativo de propiedad.—«El hecho fáctico de que fuera incluido el inmueble en el inventario de D.^a M.T.E.S., aun viviendo sus padres, no es título acreditativo de propiedad, al no mediar un acto de donación efectivo de éstos, plasmado en la necesaria escritura pública, conforme al artículo 633 del Código Civil, para sobreponerse al título de propiedad de los progenitores que expresa la escritura pública de adquisición referenciada.» (**STS de 21 de mayo de 1992; ha lugar.**)

HECHOS.—El recurso de casación que el Tribunal Supremo resuelve trae causa del ejercicio de una acción reivindicatoria para excluir del caudal hereditario de la esposa del recurrido y hermana del recurrente, la casa que había comprado sus padres y reintegrarla al caudal correspondiente a dichos progenitores que ostentaban la titularidad registral sin contradicción alguna. (*R.G.S.*)

17. Accesión invertida.—Con la simple y escueta alegación de que con la construcción de un bloque de viviendas se había invadido el suelo correspondiente a la casa de su propiedad «en una medida de diez centímetros», el actor ejercitó la acción reivindicatoria y solicitó se condene a la entidad demandada a «demoler a su costa todo lo edificado sobre la propiedad del actor». El tratamiento que haya de corresponder al expresado motivo viene determinado por las consideraciones siguientes: 1.^º El tema litigioso al que se refiere la pretensión del actor no puede resolverse atendiendo única y exclusivamente a la concurrencia de los requisitos que condicionan la viabilidad de toda acción reivindicatoria pues el mismo tiene una específica incardinación legal y jurisprudencial en sede del derecho de accesión (artículos 361 al 363 del Código Civil). 2.^º La rigurosa medida de la demolición de lo edificado invadiendo el suelo ajeno solamente puede decretarse en el supuesto de que aparezca probada la mala fe del edificador (artículo 363 del Código Civil). Al no haber sido probada ha de partirse inexcusablemente de la concurrencia de la *bona fides* en la misma ya que la mala fe no se presume nunca. 3.^º El presente supuesto litigioso es un caso claramente subsumible dentro de la consolidada doctrina del TS (STS 15-6-1918, 30-11-1981, 1-10-1984, 11-3-1985, 24-1-1986, 23-2-1988, 22-10-1989, entre otras) que definen la figura jurídica, de creación jurisprudencial, de la llamada «accesión invertida» o «construcción extralimitada» pues concurren los requisitos definidores de la misma, que son: a) Invasión parcial del suelo o vuelos ajenos. b) Buena fe del edificador. Y c) valor muy superior de lo construido o edificado respecto del suelo invadido. (**STS de 3 de abril de 1992; se estima parcialmente el recurso.**)

HECHOS.—D. A.P.M. formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra «Promociones Palmones, S.A.», sobre acción negatoria de servidumbre y reivindicatoria ya que la demandada, que estaba edificando un bloque de viviendas, había abierto huecos y ventanas sin respetar las distancias del artículo 582 del Código Civil e invadido con la construcción la propiedad del demandante. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Algeciras estimó la demanda condenando a la entidad demandada al cerramiento de los huecos y a la demolición de lo construido con invasión del fundo ajeno. La Audiencia Provincial de Sevilla confirmó la sentencia. El TS estimó parcialmente el recurso. (*A.J.C.*).

18. Bienes inmuebles. Interpretación del artículo 334.3.^º del Código Civil. Los llamados inmuebles por incorporación.—La estructura metálica integrada en una planta para fabricación de piensos no puede considerarse como inmueble al amparo del artículo 334.3.^º del Código Civil ya que no todo lo que se une a un inmueble adquiere esta misma cualidad. La unión ha de ser fija, calificativo que aquí significa, por disposición legal, que no puede separarse de aquél sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto, lo que implica que forma parte integrante del mismo y por eso se destruye o deteriora con la separación. En otros términos, los bienes en cuestión contribuyen a la formación del inmueble, son partes físicas del mismo y estas circunstancias no concurren evidentemente en las estructuras metálicas en cuestión, indispensables para la actividad industrial que se ejercitaba en el inmueble pero no para la formación de éste. (STS de 24 de marzo de 992; no ha lugar al recurso).

HECHOS.—B. Z., S.A. vendió a don J.L.M.M. por documento privado de 30 de noviembre de 1985 la maquinaria, compuesta de diversos silos y elementos, instalada en la finca de su propiedad denominada «La Jarea», siendo de cargo del comprador la retirada de los citados bienes. El 26 de noviembre de 1986, y aún sin retirar los bienes vendidos a M.M., B.Z. S.A. vendió a N.L.W.A. S.A. dicha finca con cuantos derechos le fueran inherentes. Opuesta la entidad compradora a la retirada por D. J.L.M.M. de los bienes que compró a B.Z. S.A., aquél la demandó solicitando la entrega de dichos bienes. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Zaragoza estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza confirmó la sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.).

19. Propiedad horizontal. Unanimidad para modificar elementos comunes. Calificación del ascensor como elemento común.—La instalación de un ascensor, al afectar a elementos comunes del edificio, requiere acuerdo unánime y no mayoría para efectuarlo, de conformidad con lo prevenido en la norma primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, al guardar relación con el título constitutivo de propiedad del inmueble de que se trata.

El ascensor es un elemento común no ya sólo cuando se instala en el edificio durante la construcción del mismo sino también si se instala con posterioridad, con asenso de los propietarios existentes al tener lugar la instalación. El carácter de elemento común del ascensor está reconocido por el TS en Sentencia de 2 de octubre de 1986 siendo aplicables al supuesto las normas de la Ley de Propiedad Horizontal referentes a los elementos comunes y no a las mejoras. Por otra parte, la regla 4.^a del artículo 16 hay que entenderla referida únicamente a acuerdos que sean contrarios a la ley o a los Estatutos, no pudiendo aplicarse a aquellos acuerdos cuya nulidad

sea radical e insubsanable por emanar de un *quorum* que hace inviable en absoluto tal acuerdo, al haber sido adoptado por mayoría cuando se precisa unanimidad, ya que en tal caso el acuerdo no se produce en modo alguno, sin posibilidad de convalidación por el transcurso del plazo de caducidad (**STS de 15 de febrero de 1992**; se estima parcialmente el recurso).

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios de la calle Viuda de Epalza, núm. 7, de Bilbao, aprobó por unanimidad la instalación de un ascensor en el edificio, en Junta General Extraordinaria a la que asistieron todos los miembros de la Comunidad excepto don C.V.P. La Comunidad de Propietarios formuló la demanda correspondiente para que se autorizara la obra de instalación del ascensor. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Bilbao estimó la demanda y autorizó las obras. La Audiencia Provincial de Bilbao desestimó el recurso. El TS declaró haber lugar al recurso. (*A.J.C.*).

20. Propiedad horizontal. Realización de obras que afectan a los elementos comunes.—En el supuesto de hecho que contempla esta sentencia se distinguen dos casos. En primer lugar unas obras (instalación en el patio interior del inmueble, en sentido vertical y hasta rebasar la altura del mismo, de una chimenea de tubo metálico para salida de humos del negocio de restaurante-marisquería que se iba a instalar en los locales comerciales de la planta baja del edificio y cerramiento de dos plazas de aparcamiento de la planta sótano para que sirvieran de almacén y cámara frigorífica al expresado negocio), obras que se efectuaron durante la fase de construcción del edificio. En segundo término, la entidad demandada instaló en los elementos comunes tiempo después de la finalización del edificio, sin previa autorización de la Comunidad de Propietarios, un aparato de ventilación de un metro de alto, uno de largo y medio de ancho.

Con respecto a las primeras de ellas, se desestima la petición de la actora que pretendía que al no estar dichas obras consignadas en el título constitutivo de la propiedad horizontal, se requería el consentimiento de la Junta de Propietarios. No lo contempla así el TS, que entiende que el título constitutivo debe contener con carácter esencial e ineludible, las circunstancias exigidas por los párrafos primero y segundo del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal (descripción del inmueble en su conjunto, la de cada piso o local y la cuota de participación correspondiente a cada uno de ellos) sin que sea necesario incluir aquellas otras estipulaciones de carácter opcional que señala el párrafo tercero del citado precepto, atinentes al uso y destino del edificio, sus diferentes pisos y locales, instalaciones o servicios, que más bien pertenecen al ámbito de los Estatutos.

Por el contrario, y por lo que respecta a la otra obra (instalación en los elementos comunes de aparato de ventilación), efectuada después de la terminación del edificio sí es necesario el consentimiento de la Comunidad de Propietarios ya que la servidumbre establecida en la escritura de división

del edificio en régimen de propiedad horizontal, que permite el paso por la planta sótano de personas, elementos y materiales necesarios para las eventuales operaciones de mantenimiento, reparación o reforma no autoriza en modo alguno a uno de los propietarios a ocupar en beneficio propio, elementos comunes del edificio. (**STS de 28 de abril de 1992**; se estima parcialmente el recurso).

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios Edificio Alameda formuló demanda contra Explotaciones de Bares, S.A., sobre eliminación de unas obras efectuadas por la demandada y que afectaban a los elementos comunes del edificio. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Murcia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Albacete confirmó la sentencia. El TS estimó parcialmente el recurso. (*A.J.C.*).

21. Concepto de incongruencia.—«... lo que a tenor de la doctrina de esta Sala no es lo que viene definido en forma permanente por tal vicio procesal, como “el desajuste entre lo pedido y lo concedido, siempre que esto último no venga imperado por la Ley o la lógica, como consecuencia inherente al pronunciamiento principal del cual el exceso sea un mero corolario aclaratorio o complementario que redunde en evitación de incidentes en la ejecución de sentencia”».

Actuación de la comunidad de propietarios a través de su representante. La comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica pero tiene una «proyección jurídica propia».—«... c) En lo concerniente a la personalidad jurídica de la Comunidad, cierto es que no es un ente que pueda por sí actuar como lo haría una Sociedad o una Asociación (artículo 35 del Código Civil) y por ello actúa siempre la cabeza visible que legalmente la representa, el Presidente como aquí acontece, pero lo que no puede pretenderse de este singular régimen de propiedad es que sea una pura entelequia y aunque doctrinalmente esta Sala ha venido señalando que su naturaleza jurídica se asemeja a los “actos de conjunto” (Sentencias de 3 de marzo de 1986 y 24 de diciembre de 1986), en lo que se refiere a la manifestación de su voluntad, es lo cierto que dada su extensión, la complejísima trama de derechos y obligaciones que comporta y la imposibilidad 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 del Código Civil, 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 o 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 preinvocado artículo 35 del Código Civil».

Contenido del art. 38 LH.—«... el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, obviamente, establece una norma específicamente proyectada a la regulari-

dad del trato sucesivo de los derechos reales que los asientos del Registro de la Propiedad publican a efectos de su protección por vía instrumental del principio de fe pública registral».

Ilicitud que comporta la exigencia de contribuir a los gastos comunes de los servicios en los que no se participa.—«... aparte de que el artículo 15 nuevo no predetermina dada su generalidad, que haya de contribuirse por los propietarios a los gastos comunes de los servicios y suministros de los que no participen en modo alguno, lo que en efecto si se exigiera sería ilícito y envolvería un enriquecimiento torticero».

Condiciones para la validez y eficacia de los acuerdos adoptados por la Junta general de la Comunidad de Propietarios.—«... si estos acuerdos se notifican a los disidentes o no asistentes y no se hace uso de la facultad de impugnación prevista en el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, han de adquirir absoluta validez y eficacia (Sentencias de 7 de octubre de 1965 y 14 de febrero de 1986), sin que sea preciso promover acción judicial para su reconocimiento, salvo para aquellos que a pesar de tal validez y eficacia sean renuentes a su cumplimiento...». (STS de 14 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—En Junta General extraordinaria aprobó la Comunidad de Propietarios modificar las normas estatutarias que regían la participación en los gastos de la Comunidad de los propietarios de sótanos, plantas bajas y entreplantas. Supuso ello la consiguiente nulidad de la exención de la contribución a gastos comunitarios establecida para ciertos propietarios en la norma estatutaria primitiva. La actitud de estos propietarios provoca que la Comunidad acuda al Juzgado en demanda de un pronunciamiento declarativo de la validez y obligatoriedad de los nuevos estatutos solicitando a la vez la condena de los propietarios a estar y pasar por la declaración del Juzgado. Se estima la demanda. Es desestimada parcialmente la apelación. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

22. Juego en el ámbito del proceso civil del derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE). Plazos de caducidad: requisito para el útil ejercicio de la acción y apreciables de oficio.—«Frente a estas resultancias probatorias opone el recurrente... la infracción del artículo 24 de la Constitución Española, en lo relativo a la presunción de inocencia, al amparo de lo dispuesto en el punto 4 del artículo 5 de la LOPJ. Aunque no es tarea fácil extraer del razonamiento que expone el hilo de la argumentación impugnatoria, se entiende que no satisfacen al recurrente los medios por los que se alcanza la fijación probatoria, de los datos tenidos en cuenta para hacer el cómputo del plazo, que, según sostiene, “se ha basado en meros indicios”, por lo que en caso de duda debe prevalecer una interpretación favorable al actor dado que la prueba de la excepción correspondía al demandado, posición que aparte no responde exactamente a la verdad, pues

entre los medios valorados se halla con efecto perjudicial para el actor, la propia prueba de confesión, supone una inaceptable extrapolación al campo del proceso civil, regido por reglas de distribución de la carga de la prueba, diferenciadas del proceso penal, de derechos que protegen a la persona frente a acusaciones penales infundadas o insuficientemente probadas, que ni siquiera por analogía (sin desconocer algunas limitadas proyecciones del derecho a la presunción de inocencia en el ámbito civil), pueden aplicarse al caso que se examina, ya que el actor y recurrente incumbía liberar en su propio beneficio también la carga de la prueba relativa al tiempo en que se ejercitó la acción en relación con la fecha de los acuerdos impugnados, en atención a que los plazos de caducidad, a diferencia de los de prescripción (que constituye propiamente una excepción), operan como requisitos para el útil ejercicio de la acción y pueden estimarse de oficio.»

Causas de nulidad, causas de anulabilidad y plazos de caducidad: Los acuerdos contrarios a normas de la Ley de Propiedad Horizontal admiten la convalidación consiguiente a la caducidad de la acción.—«El motivo siguiente... denuncia la infracción del artículo 16.4 de la Ley de Propiedad Horizontal, puesto que, según sostiene el recurrente, la sentencia impugnada no hace acepción entre causas de nulidad y causas de anulabilidad, a los efectos, de distinguir la aplicación o no al caso, del plazo de caducidad, ya que las nulidades de pleno derecho no pueden someterse a tal caducidad. Sin embargo, jurisprudencia reiterada de esta Sala, viene poniendo de manifiesto que sólo causas de nulidad, fundadas en normas que no sean reglas, aun imperativas y prohibitivas de la misma Ley de Propiedad Horizontal, pueden propiciar aquella distinción; así la sentencia de 25 de noviembre de 1988 que se refiere, de un lado, a los acuerdos contrarios a la ley en el sentido del artículo 6.3 del Código Civil (lo que aparejaría la nulidad de pleno derecho) y, de otro a los acuerdos contrarios a las normas de la Ley de Propiedad Horizontal o contrarios a los estatutos privativos que admiten, de ordinario, la convalidación consiguiente a la caducidad de la acción. Consecuentemente, siempre que se trate de impugnaciones basadas en infracciones normativas del régimen de la Propiedad Horizontal, como es el caso, la jurisprudencia sostiene que para enervar acuerdos se requiere haberlos impugnado dentro de los treinta días siguientes al que se adoptó o a la notificación conforme previene el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y aun así el acuerdo tiene carácter provisionalmente ejecutivo, salvo que judicialmente se ordene la suspensión (Sentencia de 17 de abril de 1990; en análogo sentido, sobre la caducidad, Sentencia de 5 de febrero de 1991).» (**STS de 22 de mayo de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.—El objeto litigioso versa sobre impugnación de acuerdos adoptados por junta de copropietarios en régimen de propiedad horizontal. Las dos sentencias de instancia son conforme en la estimación de que la acción deducida ha caducado al no haberse

intentado su ejercicio dentro del plazo de 30 días previsto en el artículo 16.4 de la LPH. No ha lugar al recurso de casación. (*R.G.S.*).

23. No es procesalmente admisible la reconvención entre codemandados pero ello no entraña indefensión cuando el proceso tiene por objeto fijar el orden de prelación entre varios créditos concurrentes.—«... sin dejar de ser cierto que no es procesalmente admisible la reconvención entre codemandados (Sentencias de esta Sala de 10 de diciembre de 1975, 3 de julio de 1978, 27 de junio de 1988, entre otras), no lo es menos que cuando un proceso, como el que aquí nos ocupa, tiene por objeto determinar el orden de prelación entre varios créditos concurrentes, el titular de cada uno de ellos, cualquiera que sea la posición procesal que ocupe, puede, obviamente, sostener en el proceso, la preferencia que estime le corresponde al suyo con respecto a los otros, sin que ello entrañe propiamente una reconvención implícita, como han calificado los juzgadores de la instancia a las pretensiones preferenciales que los codemandados... al contestar a la demanda, dedujeron con respecto a los créditos de que son titulares, ante cuyas peticiones las también codemandadas... pudieron hacer las alegaciones que tuvieran por conveniente en sus respectivos escritos de dúplica (al tratarse de un juicio de mayor cuantía), si estimaban que el orden de prelación debía ser otro distinto o si entendían que a ninguno de los créditos contendientes les correspondía preferencia alguna, por lo que si no lo hicieron, sólo a ellas es imputable y no a la supuesta situación de indefensión que ahora aducen y que no ha existido, ya que, se repite, todo proceso que versa exclusivamente sobre el orden de prelación entre varios créditos concurrentes entraña, lógicamente, por un lado, que el titular de cada uno pueda pretender la preferencia del suyo y, por otro, que los demás intervenientes en el proceso (sean demandantes o demandados) puedan oponerse a tal pretensión preferencial y, en su caso, defender la suya, al ser ésta la única forma posible de que el órgano jurisdiccional pueda cumplir con su deber institucional de juzgar y resolver un proceso de peculiaridades tan específicas como el aquí promovido, en el que aparezca cohonestado el principio constitucional de tutela judicial efectiva con el de igual rango que proscribe toda indefensión (artículo 24.1 de la Constitución), situación esta última que aquí no se ha producido, por lo ya dicho».

El error material en la inscripción de la hipoteca naval no produce la nulidad de esta inscripción.—«3.^a Porque el referido asiento registral contiene todos los requisitos que para la inscripción de la hipoteca de un buque exige el artículo 25 de la Ley Hipotecaria naval de 31 de agosto de 1893, en relación con el artículo 6 de la misma, por lo que el ya dicho error material no puede en modo alguno producir la nulidad de la inscripción, sino solamente la rectificación de la misma, si en su momento se hubiera pedido.»

Admisión en nuestro ordenamiento de la hipoteca naval en garantía de cuenta corriente.—«... porque la hipoteca objeto de litis es una hipoteca

naval en garantía de cuenta corriente, que está permitida en nuestro ordenamiento jurídico y específicamente regulada por el artículo 163 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 (vigente no sólo en la fecha de constitución de dicha hipoteca, sino también en la actualidad, conforme establece la Disposición Transitoria Sexta del actual Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre)».

No sometimiento a plazo de la aceptación de la hipoteca unilateral si no media requerimiento por parte del constituyente.—«... pues para llevar a efecto tal aceptación (que, además de no ser requisito constitutivo de la hipoteca, ya nacida anteriormente, es un acto exclusivamente dependiente de la decisión del acreedor, sin necesidad del concurso de ninguna otra voluntad) no hay plazo alguno señalado legalmente, en tanto no hubiera sido requerido para ello por la naviera constituyente de la hipoteca (mientras tuvo capacidad dispositiva) o por los representantes de la quiebra (a partir de la declaración de ésta), en cuyo supuesto habría entrado en juego el plazo de dos meses que establecen los artículos 141.2 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento...».

La ejecución de primera hipoteca naval comporta la cancelación de las posteriores sobre el mismo buque pero, por el juego de la subrogación real, el titular de segunda hipoteca mantiene su condición de acreedor hipotecario sobre el remanente del precio del remate.—«En ejecución, por el procedimiento judicial sumario, de la primera hipoteca que gravaba dicho buque... el mismo fue sacado a subasta y, una vez aprobado el remate y consignado el precio, en dicho procedimiento el Juez dictó, ..., el auto correspondiente, en el que conforme a lo preceptuado en la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, acordó expresamente la cancelación de la segunda hipoteca naval que pesaba sobre el mismo buque (la que es objeto de este proceso). En cumplimiento de lo ordenado en dicho auto, el Registro mercantil... extendió el correspondiente asiento de cancelación de la inscripción de la mencionada segunda hipoteca naval... Una vez cancelada, como acaba de decirse, la inscripción de dicha segunda hipoteca naval es evidente que el Banco Popular Español, S.A. (en cuanto titular de la misma), perdió su condición de acreedor hipotecario con respecto al buque «Carmen María», en cuanto quedaba imposibilitado de promover una nueva ejecución sobre el mismo para el cobro de su crédito. Pero como del precio del remate de dicho buque (en ejecución de la primera hipoteca, una vez pagados los créditos garantizados con la misma), quedó un sobrante o remanente que es lo que aquí se reclama, esta Sala entiende que, en principio, no hay inconveniente u obstáculo legal alguno en seguir atribuyendo a Banco Popular Español, S.A., la condición de acreedor hipotecario con la preferencia que, como tal, le corresponda sólo con respecto al referido sobrante o remanente (que, por subrogación real y en esa sola medida, ha venido a sustituir al buque en cuanto a la segunda hipoteca que sobre él pesaba) si bien la cuantía del expresado sobrante o remanente que

reclama habrá de estar subordinada al cumplimiento de los requisitos que le son exigibles.»

La ejecución de una hipoteca en garantía de cuenta corriente exige la previa acreditación del saldo de dicha cuenta. El cumplimiento de dicho requisito es, sin embargo, innecesario si sólo se pretende la declaración del carácter preferente del crédito garantizado con la referida hipoteca.—«1.^a La ejecución o efectividad, a través del proceso ejecutivo correspondiente, de una hipoteca en garantía de cuenta corriente como es la que aquí nos ocupa, se halla condicionada por el acreditamiento del saldo que arroje la referida cuenta en la forma que determinan los artículos 153 de la Ley Hipotecaria y 245 y 246 de su Reglamento (a los que se remite expresamente el artículo 163 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, vigente en cuanto afecta a esta materia, como ya se ha dicho). 2.^a En el proceso declarativo (menor cuantía) a que se refiere este recurso no se trata de la ejecución de dicha hipoteca, por el procedimiento ejecutivo correspondiente, sino que se pretende la declaración del carácter privilegiado o preferente que al crédito garantizado con la referida hipoteca le corresponde para el cobro del remanente de la subasta del buque hipotecado, respecto del cual ya fue ejecutada la primera hipoteca que sobre el mismo pesaba... 3.^a La no presentación en este proceso declarativo del saldo de la referida cuenta corriente no puede, por sí sola, determinar la pérdida del carácter privilegiado o preferencial que a dicho crédito hipotecario (dimanante de la expresada segunda hipoteca) le pueda corresponder con respecto al remanente o sobrante de la subasta, sino solamente que la cuantía que, del mismo, tenga derecho a percibir habrá de venir inexcusadamente determinada por la justificación del expresado saldo, lo que podrá hacerse en fase de ejecución de sentencia.»

Carácter privilegiado de los créditos resultantes del contrato de servicios del capitán, de la tripulación y de otro personal al servicio de a bordo (Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926).—«El derecho preferente del Comité de Empresa de Naviera de Letasa, S.A., al cobro respecto del sobrante en la subasta del buque «Carmen María», con carácter limitado a los créditos laborales reconocidos al capitán, tripulación y personal al servicio de a bordo de dicho buque, según lo establecido... es plenamente ajustado a Derecho, en cumplimiento del Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926, ratificado por España el 2 de junio de 1930 de aplicación preferencial en nuestro país (Sentencias de esta Sala de 22 de mayo de 1989 y 5 de noviembre de 1990), cuyo artículo 2 establece un crédito o privilegio marítimo sobre el buque, incluso antes que las hipotecas, «mortages» y prendas constituidas sobre el mismo, en favor de los créditos resultantes del contrato del servicio del capitán, de la tripulación y de otras personas al servicio de a bordo.»

Alcance y limitaciones del privilegio general establecido por el artículo 71 de la Ley General Tributaria.—«... ha de tenerse en cuenta que, según tiene declarado esta Sala (Sentencias de 20 de abril de 1987, 3 de

mayo de 1988 y 26 de marzo de 1991), el privilegio general que, *prima facie*, consagra el artículo 71 de la Ley General Tributaria... sufre la importante restricción que impone el artículo 132 de la misma Ley, al puntualizar que “el Estado, las Provincias y los Municipios tendrán derecho a que se practique anotación preventiva de embargo de bienes en el Registro correspondiente, conforme a mandamiento expedido por el ejecutor competente, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo y el alcance previsto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria”, a cuya norma ha de estarse y no a la genérica que contiene el artículo 71 de la citada Ley General Tributaria, ya que teniendo que constar registralmente, mediante anotación de embargo, el crédito de la hacienda con el alcance previsto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, precepto que remite al artículo 1.923 del Código Civil, a efectos de preferencia para el cobro del crédito, ha de concluirse que, fuera de los casos de los artículos 73 y 74 de la Ley General Tributaria, que no se corresponden con el caso aquí contemplado, la anotación preventiva por débitos fiscales queda sometida a la norma del número cuatro de dicho precepto del Código Civil y no a la preferencia general que parece derivarse del artículo 71 de la Ley General Tributaria, por fuerza de la anteposición que, como queda dicho, merece la normativa que contiene el artículo 132 de la misma Ley».

Preferencia del crédito hipotecario sobre el crédito salarial correspondiente a indemnizaciones por despido concedidas en expedientes de regulación de empleo.—«Por lo que respecta a la colisión preferencial entre el crédito hipotecario a que nos venimos refiriendo y el crédito que reclama el Comité de Empresa —Comité de Flota— de Naviera Letasa, S.A., la preferencia también ha de declararse en favor de dicho crédito hipotecario..., ya que al corresponder el crédito del Comité de Empresa a indemnizaciones por despido, concedidas en expediente de regulación de empleo y no corresponderle el carácter de crédito «superprivilegiado» a que se refieren los párrafos 1.^º y 2.^º del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, el mismo ha de considerarse comprendido en el párrafo 3.^º del citado precepto, con arreglo al cual sobre dicho crédito salarial gozan de prelación los créditos con derecho real que, con arreglo a la Ley Hipotecaria sean preferentes...» (STS de 1 de junio de 1992; ha lugar en parte).

HECHOS.—Naviera Letasa, S.A., obtiene de un consorcio de bancos un préstamo para la construcción de un buque («Carmen María»), en garantía de cuyo pago constituye sobre el referido barco una primera hipoteca. Para la construcción de un nuevo buque («Mónica María») obtiene de un segundo consorcio de bancos un segundo préstamo. De este segundo consorcio bancario forma parte el Banco Popular que contribuye al préstamo con un 10 por 100 del total. Se acuerda que el movimiento relativo al préstamo en lo que al Banco Popular se refiere se contabilice a través de una cuenta corriente abierta en una sucursal de la entidad siendo titular de la misma

Naviera Letasa, S.A. En garantía de la parte del préstamo que al Banco Popular corresponde constituye unilateralmente Naviera Letasa, S.A., una segunda hipoteca sobre el barco «Carmen María» que el Banco Popular acepta. La difícil situación económica de la Naviera provoca consecutivamente que ésta sea declarada en suspensión de pagos y quiebra. El impago del primer préstamo da lugar a la ejecución de la primera hipoteca. El Banco Popular se persona en el procedimiento con la pretensión de que se le entregue el sobrante de la subasta en pago parcial del préstamo que tenía garantizado con la segunda hipoteca sobre el «Carmen María». No accede el Juzgado a la pretensión y tampoco la Audiencia pues existen otros acreedores que se consideran con derecho preferente al remanente de la subasta. Interponen recurso de casación la Diputación Foral de Vizcaya, la Comisión de acreedores de la Naviera, el Comité de Flota Delegados de personal y de los tripulantes de la Naviera y la propia Naviera Letasa, S.A. El contenido impugnatorio de los recursos se centra en tres cuestiones: a) quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, b) combatir la condición de acreedor hipotecario del Banco Popular y c) establecimiento de la prelación de los créditos en conflicto para el cobro del remanente de la subasta. Se estiman en parte todos los recursos. (*R.G.S.*).

24. Eficacia del expediente posesorio del artículo 396.4 de la LH de 1909.—«... el resultado del expediente posesorio, aparte de sus defectos por los que fue abolido por la Ley Hipotecaria vigente, confiere solamente una situación provisoria, o sea, como ya se indica, supeditada al dominio, puesto que como decía el artículo 396, párrafo 4, de la Ley de 1909, la inscripción de posesión no perjudicará el mejor derecho a la propiedad del inmueble, aunque el título no haya sido inscrito, y se confiere siempre sin perjuicio de tercero de mejor derecho».

Criterios para resolver situaciones de doble inmatriculación. Alcance del requisito de identificación del inmueble en la acción reivindicatoria.—«Constatada una situación de doble inmatriculación... dejan de actuar los principios hipotecarios, quedando neutralizados los asientos contradictorios y el problema se traslada en supuestos como el discutido al ámbito del Derecho civil; habiéndose acreditado por las pruebas practicadas que el dominio corresponde a la parte recurrida por no haber sido identificados los bienes como exige la reiterada jurisprudencia de esta Sala, de forma que no deje lugar a dudas que el terreno señalado e identificado es el mismo a que la demanda se refiere (Sentencias de 12 de mayo de 1983, 31 de enero de 1963, 17 de diciembre de 1969, 29 de abril de 1958 y otras muchas).»

Las cuestiones de hecho corresponden a los Tribunales de instancia y no pueden contradecirse en casación.—«... que estas cuestiones, según muy reiterada jurisprudencia, cuya cita detallada huelga por ser muy cono-

cida (...) corresponden a los Tribunales de instancia y no pueden contradecirse en casación por el cauce del núm. 5.^º del mismo artículo (art. 1.692 LEC)). (STS de 27 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Los demandantes, recurrentes en la casación, ejercitaron una acción reivindicatoria que fue desestimada en ambas instancias. El Juzgado entendió que los inmuebles reivindicados no habían sido identificados y que faltaba la prueba de título suficiente para la acción ejercitada. Confirmó la Audiencia Provincial la sentencia del Juzgado. No ha lugar a la casación. (*R.G.S.*).

25. Artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Derecho de defensa.—Si bien la tutela judicial es un indiscutible derecho fundamental consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, lo que se traduce en que deba ser realizado con extremado cuidado y atención todo lo relativo a la ejecución de los actos de comunicación en cuanto todo proceso civil a virtud del principio de contradicción y de aportación de parte exige garantizar que las mismas puedan ejercitarse y defender sus derechos de la forma que estimen más conveniente, ello no es sin embargo obstáculo para que deban tenerse en cuenta entre otros las siguientes circunstancias: 1.^º Que en este concreto supuesto la puesta en conocimiento de los demandados en el proceso sumario tuvo efectivamente lugar; y que como tiene manifestado el Tribunal Constitucional, la existencia de ese derecho aun cuando regla general, quiebra cuando la falta de comunicación tenga lugar por la pasividad o negligencia del interesado. 2.^º Que como también tiene declarado el Tribunal Constitucional, aun cuando el procedimiento contenido en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, viene caracterizado por la extraordinaria fuerza del titular y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante excepciones, dado que en realidad se trata de una vía de apremio no sujeta a fase de cognición, esta ausencia de controversia no vulnera en derecho de defensa que se consigna en el artículo 24 de la Constitución Española. (STS de 2 de abril de 1992; no hay lugar al recurso).

HECHOS.—D.^a I. B. A. y otra formularon demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Bilbao contra la Caja de Ahorros Municipal de Bilbao y otro, pretendiendo la nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ya que la iniciación de dicho procedimiento no había sido notificado a los demandantes. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao confirmó la sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso. (*A.J.C.*).

26. Artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Requerimiento de pago.—Habiéndose iniciado el procedimiento judicial sumario previsto en el ar-

título 131 de la Ley Hipotecaria, se procede al requerimiento mediante acta notarial, contemplado en la regla 3.^a3.^º del citado artículo. El Notario, al practicar el requerimiento en el domicilio de los deudores, entendió la diligencia con el que dijo ser padre de la requerida, que se negó a abrir la puerta, así como a dar su nombre, no obstante lo cual el Notario le informó del contenido del requerimiento y de la obligación de hacérselo saber a los requeridos, de donde se sigue que la diligencia se practicó de tal modo que el Notario ni pudo cerciorarse de quién era en realidad la persona que se hallaba en la casa ni si se hallaba en condiciones de atender la diligencia, extremo este de particular trascendencia porque el padre de la requerida —según consta en dictamen pericial obrante en autos— tenía disminuida su capacidad perceptiva, de comprensión (intelectiva) y amnésica. Por tanto, el Notario hubo de estar a lo dispuesto en los artículos 202.8.^º y 203.1.^º del Reglamento Notarial, sin que se permita afirmar la validez de la diligencia. Ha de recordarse que, según reiterada doctrina jurisprudencial, el requerimiento constituye uno de los requisitos esenciales para sustanciar válidamente el procedimiento, ya que ha de darse ocasión al deudor para que impida la persecución de los bienes hipotecados cumpliendo su obligación personal de pago, pues se trata de un requisito tan necesario para evitar la indefensión y perjuicios que por su falta pueden ocasionarse al deudor que, si se omite, vicia de nulidad el procedimiento. (**STS de 18 de marzo de 1992; no hay lugar al recurso.**)

HECHOS.—D. L. R. G. y esposa formularon demanda contra la entidad «Ediciones Anaya, S.A.», sobre nulidad de procedimiento hipotecario. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Salamanca desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Valladolid revocó la sentencia del Juzgado y declaró la nulidad del procedimiento hipotecario. El TS declaró no haber lugar al recurso. (*A.J.C.*).

5. DERECHO DE FAMILIA

27. Unión libre: Laguna legal: Derecho comparado.—Las uniones libres, aunque están carentes de precisa normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico; la Constitución de 1978 no las prevé, pero tampoco expresamente las interdicta y rechaza, y así se desprende de la lectura de su art. 32 en relación al 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho; lo que ha llevado al Tribunal de Casación de Italia a pronunciar la importante Sentencia de 2 de febrero de 1977 que vino a reconocer la *famiglia di fatto*, como grupo social que desempeña una función en la educación y mantenimiento de sus miembros, digna de protección conforme al art. 2 de su

Constitución; de esta manera, si bien no se equiparó estas situaciones a las familias legalmente constituidas, no por eso se las margina cuando presentan situaciones de darse una efectiva comunidad de vida, que la legislación de dicho país mediterráneo tiene en cuenta como «cohabitación notoria».

La Unión libre en el Derecho español.—La realidad legislativa española actual ha afrontado el problema de la unión libre sólo fragmentariamente, sin pronunciarse por una prohibición total; con consideración negativa el art. 101 CC establece como supuesto de extinción de la pensión que contempla su art. 97, el hecho de que el acreedor a la misma viva maritalmente con otra persona; el art. 320.1.^º sobre concesión judicial de emancipación; el art. 108, en relación al 39.2 de la CE, respecto a la filiación extramatrimonial. En materia de adopción, la vigente Ley de 11 de noviembre de 1987, en su disp. adicional 3.^a, reputa capaces para adoptar al hombre y la mujer integrados en pareja; y como simple referencia, el inciso final del art. 1.442. El Código Penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, en sus arts. 11 y 18, equipara al cónyuge la persona que se halla ligada de forma permanente por análoga relación de afectividad. En el ámbito de la Seguridad Social, la Disp. Adicional 10.^a de la Ley de 7 de julio de 1981, contempla el percibo de pensiones, así como el derecho a las prestaciones sanitarias que con carácter excepcional acordó dispensar la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social, con apoyo en razones de equidad. Incluso la Ley vigente de 1984 atribuye la condición de asilado y por extensión, no sólo al cónyuge, sino también a la persona que se halle ligada por análoga relación de afectividad y convivencia.

La Unión libre en la Jurisprudencia.—Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en la materia mediante S. de 13 de junio de 1986, que decretó la validez de la cláusula testamentaria por la que se legaba el usufructo vitalicio de un inmueble a la compañera del fallecido; también la S. de 3 de julio de 1984 partió de la adquisición conjunta de una vivienda por una pareja que mantenían vida en común y que fue comprada a nombre de uno de ellos, declarando que el bien pertenecía a ambos proindiviso y por partes iguales.

Comunidad de bienes *sui generis*: Analogía.—Los litigantes durante más de veinte años de convivencia habían adquirido de común acuerdo los bienes y caudales en controversia, aunque los inmuebles figuran titulados a nombre del recurrente, viiniendo así a constituir un patrimonio compartido e indiviso, con participación igualitaria, que la sentencia precisa tiene su origen en el «amor, comprensión y esfuerzo conjuntos», patrimonio comunal que se mantuvo hasta que se produjo la ruptura y que la sentencia califica de comunidad de bienes *sui generis*, surgida de la atípica mezcla de las normas de la comunidad de bienes, sociedad en general y sociedad legal de gananciales; pero yerra el motivo en cuanto argumenta que el Tribunal de la instancia aplicó las reglas de la sociedad de gananciales, lo que no sucede; pero ello no quiere decir que haya de rechazarse de plano la posible aplicabilidad de la normativa que disciplina el régimen ganancial

matrimonial, si expresamente se pacta, lo que significaría dar otro aspecto al problema en cuanto a si dichos convenios están dotados de la licitud y fuerza obligatoria conforme al art. 1.255 CC; a este respecto hay que hacer constar que la Recomendación R(88)-3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, fechada el 7 de marzo de 1988, está orientada para que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas, o que regulan las relaciones patrimoniales entre las mismas, ya sea por el período ulterior a su cesación, no puedan tenerse como nulos por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones.

Necesidad de solución judicial: Razones de equidad: Requisitos de la Unión libre.—Aunque la solución se presenta efectivamente dificultosa, no se puede desconocer que en estos casos se crean unas situaciones de hecho, a las que en términos de estricta justicia y por imperio de la equidad, ha de atenderse y tener en cuenta, pues en la mayoría de los supuestos las consecuencias negativas superarían superponiéndose a las positivas. No obstante tales uniones para que puedan generar aplicación de la normativa legal, deben de cumplir ciertos requisitos que se derivan de su propia naturaleza, a fin de evitar que una aplicación amplia y no debidamente medida, desborde y desvirtúe la correspondiente aplicación del Derecho. La convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma extraña y pública, con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines en el núcleo de un mismo hogar; dichas condiciones se dan en el presente caso en las relaciones que por más de veinte años mantuvieron los litigantes y con proyección bien concretada en actividades en común, como el reconocimiento legal de su hija a la que mantuvieron y educaron, la existencia y manejo de cuentas bancarias y la compra de bienes producto de sus actividades negociales compartidas. Esto determina que se ha generado la existencia de un patrimonio común, el cual por consecuencia del cese de la relación de convivencia, es objeto de petición por la recurrida, en cuanto esencialmente postula su división y adjudicación de la parte que le corresponde en el mismo; los interesados no pactaron ni adoptaron ninguna norma previsora al respecto, salvo el pacto tácito, derivado de las prestaciones habidas entre ellos, que es aflorante de sus voluntades decididas y constatadas de tener en común los bienes que fueron adquiriendo durante el dilatado tiempo en que vivieron y trabajaron juntos.

Calificación como sociedad irregular de naturaleza mercantil.—Si bien en estas situaciones cabe partir, en términos generales, de la existencia de una comunidad ordinaria, cada caso puede presentar particularidades que determinan la aplicación para su regulación de otra institución legal similar en efectos, lo que sucede en el que se enjuicia, donde cabe encuadrarlo en el régimen de la sociedad irregular de naturaleza mercantil, ya que por consecuencia del esfuerzo mutuo, en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial, se generó

un patrimonio comunal; a falta de concierto expresado, el verbal, al efecto, es determinativo de la referida sociedad de hecho (S. de 4 de abril de 1991), pues se da concurrencia de actos constitutivos, creadores y permanentes, que adolecieron de las formalidades necesarias para su acceso al Registro Mercantil, pero que no les resta eficacia de operatividad y vinculación para los interesados.

No es aplicable por analogía el régimen catalán de separación de bienes.—Aun partiendo de que el artículo que apoya la argumentación sea el 7 de la Compilación de Cataluña, tampoco es de acogida, pues el precepto se refiere exclusivamente a los matrimonios, rigiendo el régimen de separación de bienes en defecto de pacto matrimonial, y si como se dejó expuesto, no resulta de fácil encaje analógico para aplicar a las uniones no matrimoniales, el régimen de gananciales, lo mismo sucede respecto al de separación de bienes, cuando no medió convenio o pacto alguno al respecto, al operarse en estos estados sobre las situaciones de hecho creadas en cada caso en particular, que incluso puede ser coexistente, pues la proyección patrimonial cabe ser presente en los dos aspectos, como de cotitularidad respecto a los bienes adquiridos conjuntamente por ambos, y como de separación respecto a aquéllos en los que no consta acreditada la concurrencia de voluntad como adquisitiva, que operarían como propios o exclusivamente privativos. (**STS de 18 de mayo de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.—La mujer había contraído matrimonio canónico en Vich, en 1956, separándose de hecho y obteniendo el divorcio en 1982; desde hace más de veinte años convivió con el recurrente en la ciudad de Málaga, lugar de su residencia, naciendo una hija de la unión en 1965, falsamente inscrita como matrimonial —aunque el tema no se debate—; ambos litigantes formaron hogar común y convivieron con apariencia de matrimonio en forma continua y persistente en la ciudad malagueña, en donde el recurrente ejerció la profesión de agente comercial, representante y distribuidor de comestibles, y la actora si bien se dedicaba al hogar, prestaba su ayuda y colaboración a las actividades negociales del varón; fruto del esfuerzo de ambos, aparte de atender a las cargas familiares, fue la adquisición de un patrimonio constituido por dos viviendas, tres automóviles, ajuar doméstico, mobiliario, ropas y joyas; la convivencia familiar la rompió el recurrente en forma violenta el 14 de junio de 1983, procediendo a expulsar a la mujer y a la hija del hogar común, sin compensación económica alguna; la mujer demandó el reconocimiento de sus derechos sobre los bienes comunes, y abono de cinco millones de ptas., o alternativamente, a ser indemnizada en 22.210.000 ptas., correspondientes a la mitad del patrimonio de ambos, y en todo caso al pago de cuatro millones por daños y perjuicios. En 1.^a Instancia la demanda fue desestimada íntegramente; en

apelación se estimó en parte declarando que «la comunidad de bienes *sui generis* formada por actora y demandado quedó disuelta en 14 de junio de 1983, procediéndose a su liquidación en ejecución de sentencia con arreglo a un criterio de cuotas iguales, lo que una vez efectuado comportará que el demandado haga entrega a la actora de su parte, con otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas, sin haber lugar a los demás pedimentos de la demanda y sin hacer mención especial de las costas causadas en ambas instancias». Interpuesto recurso de casación por el varón, fue desestimado, siendo Ponente Villagómez Rodil.

COMENTARIO.—El fenómeno sociológico de la unión libre, concubinato o convivencia *more uxorio*, que en los últimos años llega con cierta frecuencia a los Tribunales, está recibiendo en las diversas instancias, soluciones pretorias que componen un abigarrado mosaico de variopintas fundamentaciones. No deja de sorprender la calificación que hace la sentencia extractada de una sociedad mercantil irregular existente entre los convivientes; cabe preguntarse si era colectiva, comanditaria, limitada o anónima, o si más bien había una relación de cuentas en participación; ¿actuaba la mujer ante los terceros como agente comercial careciendo de título? ¿era más bien una auxiliar o apoderada de su compañero? También es curioso que el varón pretendiera la aplicación analógica del régimen catalán de separación de bienes. No hay argumentación del motivo en la sentencia que he manejado, aunque puede barruntarse —en razón a sus apellidos— que ambos convivientes eran de origen catalán —la mujer se había casado en Vich—; la cita de la norma anteriormente vigente está equivocada —y ello puede deberse a la ignorancia del Derecho catalán en tierras del Sur—; tampoco se sabe si ambos litigantes perdieron su vecindad de origen, por residencia en Málaga superior a diez años; en todo caso, y no sin alguna contradicción interna, para rechazar el motivo se argumenta la dificultad de aplicar la analogía a estas situaciones de hecho. Habrá que esperar a que se presenten uniones de hecho entre catalanes o mallorquines, residentes en los respectivos territorios; sería razonable esperar que un pacto implícito o tácito de comunidad fuese más difícil de demostrar en aquellas situaciones.

Una afirmación *obiter* de esta sentencia (la posibilidad de aplicar el régimen de gananciales por pacto expreso) ha sido criticada con abundantes razones por TORRES LANA, *De nuevo sobre relaciones patrimoniales entre parejas no casadas*, Aranzadi Civil, 1993-II, p. 2407 ss., espec. p. 2416 ss. No parece haber fácil respuestas a interrogantes del siguiente tenor: ¿Serían aplicables las normas del llamado régimen primario y, en particular, la contenida en el párr. 2º del art. 1.319? ¿Podrían aplicarse las reglas sobre administración y disposición? ¿Y las referidas a la responsabilidad inicial y final de

los gananciales (arts. 1.362 y 1.365 del Código)? ¿Es pensable la aplicación en un marco extramatrimonial del art. 1.373 CC? Con criterio más amplio, sin embargo, Rodrigo BERCOVITZ, *Las parejas de hecho, Aranzadi Civil*, 1992, p. 27, no dejaba de apuntar dudas al respecto: «La sociedad de gananciales, así como cualquier otro régimen económico matrimonial, se revela inadecuada para regular la vida patrimonial de la pareja de hecho, salvo si la misma lo ha pactado expresamente ¿Se extiende esta conclusión (por lo que se refiere al supuesto de pacto) a los efectos frente a terceros? Si la respuesta es positiva ¿en qué condiciones se producen esos efectos frente a terceros?».

El tema sigue abierto entre nosotros. La sentencia posterior del TS de 11 de diciembre de 1992 rechaza la existencia de una comunidad universal de ganancias entre los convivientes, pero otorga indemnización por injusto enriquecimiento. La S. del TS de 22 de julio de 1993, rechaza la aplicación por analogía del régimen de gananciales así como la doctrina de la sociedad civil irregular. La variedad es aún mayor si acudimos a la jurisprudencia de los Tribunales inferiores.

Probablemente la disparidad de soluciones es inevitable al seguirse el criterio de buscar soluciones de equidad que tengan en cuenta la enorme variedad de circunstancias de cada caso. Una regulación legal de la unión libre no deja de envolver una interna contradicción con la situación fáctica, caracterizada por la ausencia de régimen, de reglas y de vinculaciones; en todo caso, si se elige alguna fórmula, habrán de quedar fuera otras situaciones, y nuevamente surgirá el problema de la necesaria regulación de las situaciones al margen de la ley.

Un buen estudio de derecho comparado es el dirigido por Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Les concubinages en Europe* (París 1989), con información relativa, además de a los comunitarios, a los países escandinavos, Suiza y países ex-comunistas. (G.G.C.).

28. Gananciales: Enajenación por marido de inmueble ganancial sin consentimiento de la mujer: Procede la anulabilidad por aplicación de los arts. 1.322.1 y 1.377.1 CC y no la rescisión ex art. 1.391.—El texto legal se refiere a la acción de nulidad del cónyuge que no haya prestado su consentimiento al acto de disposición efectuado por el otro, de forma que es el perjudicado que no dio su previa licencia o consentimiento el único que puede instar la ineficacia del acto, que es meramente anulable, pero que en lugar de ser convalidado o confirmado se solicitó en la demanda su anulación; es inaplicable el art. 1.391 por no darse el presupuesto fáctico que contempla, acto de un cónyuge en fraude de los derechos de su consorte al no haberse probado que la venta efectuada por el esposo fuese fraudulenta; no cabe hablar de acción rescisoria, que presupone un contrato válid-

damente celebrado, y si, en cambio, concurre el supuesto de anulabilidad por defecto de consentimiento que invalida el contrato desde su origen.

Mala fe del comprador.—La entidad compradora no actuó de buena fe, pues tuvo pleno conocimiento de que la venta requería el consentimiento de la esposa del vendedor, por lo que no puede negarse a afrontar las consecuencias de que aquel consentimiento no se prestase.

Ausencia de fraude en la mujer: Art. 6.4 CC.—No concurre el supuesto del art. 6.4 CC, pues no se acreditó fraude alguno, ni se concretó cuál de los cónyuges supuestamente dio lugar a él mediante la concurrencia de la denominada por la doctrina norma de cobertura, que es aquella a que se acoge quien intenta el fraude, y cuál fue la norma que se trata de eludir, ni se averigua qué sumisión se llevó a cabo a una norma con el propósito de obtener un resultado contrario al conjunto del ordenamiento jurídico; hubo sencillamente un legítimo derecho que ejercitó la esposa contra quien, sabiendo que no medió su consentimiento para la venta, insiste en que ésta se cumpla, por lo que, en todo caso, como reconoce la S. de 17 de febrero de 1970, el ejercicio de una facultad legalmente reconocida no puede ser origen de un fraude legal; por ello, como en caso análogo declaró la S. de 15 de octubre de 1984, hay que estimar la demanda, dada la acción legal concedida a la mujer para la defensa de su derecho en el patrimonio ganancial, contra el acto anulable del marido, y, por tanto, ineficaz en perjuicio de aquélla.

Defectos procesales: Reconvención de un codemandado.—No es admisible que el marido codemandado deba contestar a la reconvención que propone la entidad adquirente del inmueble ganancial, debiendo rechazarse que de no verificarse dicho trámite se produzca indefensión.

Saneamiento por evicción: Improcedencia.—La entidad compradora, actual recurrente, se halla en poder y posesión del inmueble que le vendió su codemandado, y es obvio que no ha sido privado del mismo a virtud de sentencia firme, sin perjuicio de lo que en esta litis se resuelva; el motivo decae por cuanto el art. 1.480 CC establece que el saneamiento no podrá exigirse hasta que haya recaído sentencia firme, por la que se condene al comprador a la pérdida de la cosa adquirida o de parte de ella; se requerirá un nuevo juicio del comprador contra el vendedor partiendo de la existencia de una sentencia firme condenatoria para el comprador. (**STS de 13 de mayo de 1992;** no ha lugar).

NOTA.—Sentencia «pedagógica» que trata de aclarar el *thema decidendi* indebidamente enmarañado por la parte demandada; se trataba de la venta de un bien ganancial sin consentimiento uxorio, habiéndose probado que el comprador era consciente de su necesidad. Se pretende, en primer lugar, que se trata de un supuesto regido por el art. 1.391, con la consecuencia de ser rescindible y no anulable el contrato de compraventa; en segundo lugar, y quizás con

base en una lectura apresurada del último precepto citado, se alega actuación fraudulenta, se supone que de ambos cónyuges, aduciendo la rebeldía del marido en el proceso; por último, parece que la entidad compradora pretende ejercitar anticipadamente el saneamiento por evicción, y plantea una situación procesal un tanto kafkiana, ya que ejerce la reconvención pretendiendo que su codemandado la conteste. La sentencia extractada (Pte. Santos Briz) razona acertadamente la desestimación de los motivos del recurso.

No parece que de la mera actitud de rebeldía del marido vendedor pueda inducirse sin más datos la existencia de un acuerdo fraudulento para engañar al comprador. Por un lado, tal actitud es habitual en casos análogos, y, por otro, está probado que la entidad compradora conocía la necesidad del consentimiento uxorio. En términos acaso simplistas, hay que decir que toda reconvención supone un cambio de posiciones procesales, lo que no se produciría si se admitiera la interpuesta contra un codemandado. El pretendido ejercicio anticipado de la responsabilidad por evicción puede merecer alguna reflexión. He escrito en otra parte (*Comentarios Albaladejo XIX*, 2.^a ed., p. 299) que suele hablarse de dos períodos o fases diversas en esta materia, una de evicción latente o de amenaza de evicción, y otra de evicción consumada o perfeccionada. Toda la regulación de nuestro CC presupone la realización plena de la evicción, probablemente por lo incierto del resultado del juicio pendiente. Puede plantearse de *lege ferenda* la conveniencia de introducirla, entre otros supuestos, para el aquí recogido; militarían en su favor razones de economía procesal, aunque no dejarían de aparecer inconvenientes y perjuicios posibles. (G.G.C.).

29. Adjudicación de un crédito del marido a su esposa en capitulaciones matrimoniales, posteriormente embargado por la Magistratura de Trabajo. Aplicación del art. 1.317 CC.—La parte demandada no ha ejercitado acción rescisoria por fraude sino que se ha limitado a oponerse a la tercería argumentando que en las capitulaciones matrimoniales se pretendió eludir el pago de la indemnización por despido y, lo que es más esencial para la desestimación del motivo examinado, la Sala de instancia no se basó en que aquéllas fueran rescindibles por la razón expresada, sino fundamentalmente en lo previsto en el art. 1.317 CC, constando en la sentencia impugnada que ni la reconvención existe ni este Tribunal tiene que pronunciarse sobre la nulidad, rescisión o simulación de las capitulaciones.

Contravención del art. 1.317 CC.—Independientemente de cuáles fueran los fines perseguidos al otorgarse las capitulaciones matrimoniales, lo cierto es que se adjudicó a la esposa un crédito del marido —el posteriormente embargado por la Magistratura de Trabajo— y, al actuarse así se perjudicó al señor M., tanto si se entiende que era acreedor de la sociedad de gananciales (art. 1.362.3.^º CC) como si lo era sólo del marido, y esto

contraviene el art. 1.317, por lo que ha de estarse a la situación anterior a la modificación del régimen económico matrimonial por las capitulaciones, en la cual el señor M. podía hacer efectivo, con cargo a la suma obtenida por el señor Molina como precio de la finca vendida, el importe de la indemnización que le correspondía por haber sido despedido —que su readmisión no iba a producirse era sabido por el señor Molina, dado que el despido se realizó precisamente porque el señor L. así lo exigió—; esta es la tesis de la Audiencia y no supone infracción alguna de los preceptos citados por la recurrente, sino que se ajusta a la doctrina jurisprudencial reflejada en la Sentencia de 25 de julio de 1987, entre otras. (**STS de 21 de mayo de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.—Doña María Josefa F., hoy recurrente, promovió una tercería de mejor derecho por haber sido embargado, en ejecución de la sentencia dictada, con fecha 6 de mayo de 1986, por la Magistratura de Trabajo de Córdoba por despido de don Clemente M., un derecho de crédito a dicha señora frente a don Antonio L. que derivaba del pago del precio aplazado por compraventa de una finca que había transmitido su marido, don Fernando Medina, en escritura pública otorgada el día 11 de diciembre de 1985, el cual crédito había sido adjudicado a la señora Franco en capitulaciones matrimoniales formalizadas con fecha 24 de enero de 1986; sobre esta base se sostiene en la demanda que el embargo no era procedente porque asiste a la actora un mejor derecho a cobrar los plazos aplazados y solicita que sea levantado.

El Juzgado desestimó la demanda de tercería. La Audiencia confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación deducido a nombre de doña María Josefa F.

NOTA.—El TS considera, en esta sentencia, de nuevo aplicable el art. 1.317 CC, que protege eficazmente a los acreedores de uno de los cónyuges mediante la inoponibilidad del cambio del régimen económico matrimonial operado en capitulaciones matrimoniales, que les perjudica. Sobre esta cuestión, puede consultarse nuestro estudio «La mutabilidad del régimen económico matrimonial», en este Anuario, 1994, pp. 168 y ss., con exhaustiva información jurisprudencial y doctrinal. (*A.C.S.*).

II. DERECHO MERCANTIL

30. Compraventa mercantil: Saneamiento por vicios: Doctrina general.—El C.com. contiene unos plazos más breves que el CC, en relación a las compraventas de esa naturaleza, a efectos de repetición contra el vendedor en razón de vicios, defectos de cantidad o calidad en las mercancías vendidas y entregadas; el art. 336 establece el plazo de cuatro días siguien-

tes al recibo de los géneros enfardados o embalados cuando se trata de defectos de cantidad y calidad; y si los defectos son más internos y profundos, susceptibles de ser acogidos en lo que el C.com. denomina vicios internos, conforme al art. 342, es inexcusable presupuesto que la reclamación se efectúe dentro de los treinta días siguientes a la recepción de las mercaderías y el ejercicio de la acción en el plazo de los seis meses fijados en el art. 1.490 CC, tratándose de términos que tienen carácter de fijos e imperativos (SS de 21 de febrero de 1957, 24 de abril de 1958 y 20 de noviembre de 1991).

Doctrina jurisprudencial adecuando la norma a la realidad social.— La jurisprudencia de esta Sala, en labor de adecuación de la norma a la realidad social de los tiempos actuales (art. 3.1 CC), ha ido más allá, flexibilizando la rigurosidad mercantil, en razón a la complejidad de las cosas que acceden al tráfico del comercio, sobre todo, dados sus complicados componentes internos, de difícil apreciación en cuanto a las defectuosidades determinativas de inadecuación o inidoneidad, si no se efectúan pertinentes y, a veces, difíciles comprobaciones técnicas, o que sólo afloran cuando la ineptitud surge en su función y operatividad industrial; así la inhabilidad total de los géneros vendidos no equivale con precisión a vicios internos, ya que supera su dimensión conceptual y trascendencia jurídicas, y su encuadre legal asimilativo ha de corresponder a los de entrega de cosa distinta, *aliud pro alio*, haciendo procedente la aplicación de los arts. 1.101 y 1.124 CC, al tratarse de efectivo incumplimiento por inutilidad de los objetos a los fines contratados, y no supuestos de vicios ocultos de la cosa vendida, subsumibles en los arts. 336 y 342 C.com. (SS. de 23 de marzo de 1982, 20 de octubre de 1984, 6 de marzo de 1985 y 1 de marzo y 1 de octubre de 1991).

Régimen aplicable a la prestación meramente defectuosa.—En el presente caso no se trata de vicios de calidad constitutivos de prestaciones distintas o totalmente inhábiles en sus efectos terminales de procesamiento industrial y oferta al mercado, sino más bien de vicios determinantes de prestaciones defectuosas, dado que los géneros no fueron totalmente inútiles, por lo que no concurre plena insatisfacción comercial para la compradora.

Falta de prueba.—La sociedad recurrente debió realizar la actividad probatoria necesaria a fin de adverar la única reclamación que formuló a la empresa recurrida, sobre la inutilidad integral de las mercaderías de referencia, lo que no se llevó a cabo en forma alguna, pues resultó negativa la prueba de análisis de muestras de aquéllas solicitada al Laboratorio de Acondicionamiento y Docks de Sabadell, mientras que la prueba técnico-pericial a practicar por unos Laboratorios de Tarrasa, aceptada y acordada por el Juzgado, no fue aportada diligenciada por el Procurador de la recurrente, ni en primera instancia, ni en apelación pues era susceptible de ser unida al proceso como diligencia para mejor proveer vacío probatorio que constató y puso de relieve la sentencia que se combate, sin que tampoco

se procediera al depósito judicial de las mercancías que ordena el art. 2.127 LEC.

Abuso de derecho.—No se da concurrencia de abuso de derecho pues no se le puede imputar a la empresa vendedora el transcurso de los plazos de caducidad mercantil, cuando las normas están refiriéndose expresamente al comprador; al vendedor le asiste el derecho de percibir el importe de lo vendido una vez que pone las mercancías a disposición del adquirente y éste las acepta sin protesta (arts. 339 y 341 C.com.).

Buena fe y pasividad del comprador.—El principio de buena fe que informa toda la normativa comercial, no acoge las posturas de los compradores que disconformes con los envíos de géneros adquiridos, porque éstos no coinciden con los contratados o adolecen de vicios, defectos, malas calidades o se presentan irregulares o no aptos, adoptan una actitud pasiva que aparece clara y concurrente en el presente supuesto, ya que se retuvo la mercancía y fue aprovechada comercializándose, sin efectuar las necesarias reclamaciones ni las correspondientes acciones, siquiera por vía reconvencional en el actual litigio a fin de interesar la ineficacia del contrato; pasividad que mantuvo persistente durante todo el pleito, pues no llegó a cumplimentar la prueba de la existencia real de los vicios, pese a contar con la correspondiente oportunidad procesal.

Tutela judicial: Art. 24 CE: Pasividad procesal.—Las pasividades continuadas y constatadas que mantuvo la recurrente, salvo una simple reclamación privada por carta, no suponen privación de tutela judicial, pues, al contrario, se la otorgó oportunamente, accediendo el Juzgado a la práctica de las pruebas propuestas para demostrar los vicios y defectos denunciados, sin que, a estas alturas, figuren en autos los informes periciales oportunos, y sí únicamente las alegaciones de defensa, sin la corroboración que impone el art. 1.214 CC; tales pasividades no se acogen al amparo constitucional, pues la indefensión no viene impuesta, sino provocada y consentida por quien alega la falta de tutela judicial efectiva, ya que la entidad mercantil recurrente fue citada al juicio, compareció, contestó y pudo hacer uso de cuantas excepciones, defensas y medios de prueba fueran de procedencia como convenientes a sus derechos; es doctrina de esta Sala que lo que garantiza el principio constitucional del art. 24 CE es que en ningún supuesto se creen estados de denegación de justicia, sin que pueda ser base para convalidar situaciones desprovistas de prueba, como en el presente caso. (**STS de 14 de mayo de 1992; no ha lugar.**)

NOTA.—Al reclamar el importe de una partida de fibra de poliésterfloca, el comprador alega la existencia de vicios ocultos por inhabilidad de la mercancía adquirida para la confección de telas. La demanda se estima en ambas instancias, y al rechazarse el recurso interpuesto por la entidad compradora, el TS aprovecha la ocasión para recordar su conocida doctrina del *aliud pro alio* que, en cualquier caso, declara inaplicable al caso por falta de prueba, ya que

se trata de prestación defectuosa. Resulta poco comprensible la pasividad del comprador, que acertadamente pone de relieve la sentencia extractada. Más bien que de pasividad, hay que hablar de mala fe pues sólo se hacen valer los defectos de la mercancía al reclamársele el precio. (*G.G.C.*).

31. Contrato de cuentas en participación. Contratos atípicos mercantiles. Principio de la autonomía de la voluntad. Arts. 1.255 CC y 257 y 243 del C.com.—En la sentencia de 2.^a instancia, la Audiencia afirma «estudiando con detenimiento el resultado de las pruebas practicadas, se llega a la conclusión de que no se ha acreditado la existencia de un contrato de cuentas en participación entre los litigantes (...) que no existen los suficientes justificantes contables, dado que se ha llevado a cabo una contabilidad-cálculo presupuestaria y no una contabilidad de gestión basada en datos justificados, sin que pueda determinarse que exista vestigio alguno de sociedad entre los litigantes, ni si ha habido o no entrega de dinero por parte del actor al demandado», por lo que aquél no ha probado los hechos constitutivos de su pretensión; y sabido es que cuando la prueba se ha valorado en su conjunto no cabe desarticularla y basarse en elementos aislados para obtener consecuencias partidistas contrarias a las del juzgador (SS de 2 y 15 de febrero, 15 y 17 de marzo, 5 de junio, 7 de julio, 26 de septiembre y 16 de noviembre de 1989). El motivo examinado —violación por inaplicación de los arts. 1.255 CC, en relación con los arts. 57 y 239 del C.com., y la doctrina sentada en Sentencia de 24 de septiembre de 1987—, debe parecer, pues, aunque efectivamente, la Sentencia de esta Sala de 24 de septiembre de 1987, recoge el principio de autonomía de la voluntad, como de perfecta aplicación a los contratos mercantiles, conforme a lo dispuesto en el art. 1.255 CC, y art. 2 del C.com., y, aunque parte de que en el caso estudiado existía una auténtica cuenta en participación, señala, a mayor abundamiento, que sentada la existencia de una colaboración o cooperación económica entre los contratantes, sus términos deben ser respetados y cumplidos según lo pactado, de acuerdo con las normas generales de la contratación, acudiendo para lo no previsto a la regulación propia de la figura más afin, naciendo la obligación de liquidar cuentas, no sólo del art. 243 del C.com. sino de cualquier pacto expreso, al que sería de aplicación lo preceptuado en el art. 57 del mismo. Pero en el caso que ahora nos ocupa se niega, tanto la existencia del aludido contrato, como la aportación de capital, pues ni siquiera los tres peritos economistas pudieron comprobar la entrega de dinero por parte del actor, ahora recurrente, al demandado. (**STS de 18 de mayo de 1992; no ha lugar**).

HECHOS.—Se formula demanda para solicitar el cumplimiento derivado de las obligaciones surgidas como consecuencia de un contrato de cuentas en participación entre los litigantes. Asimismo, se solicita la extinción de la referida relación contractual, a la que no se fijó una duración limitada, por haberse pactado en su día que la

avanzada edad o grave enfermedad de uno de los partícipes (padre de lo demandados) determinaría la extinción del negocio jurídico. Las sentencias de 1.^a y 2.^a instancia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo falló no estimando el recurso interpuesto por el demandante. (*ML.V.A.*).

32. Cooperativas de viviendas: Obligación del cooperativista de pagar el costo real.—Las viviendas de protección oficial son construidas en régimen de cooperativa para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados y no para destinarlas al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico, de suerte que los propios cooperativistas se convierten en socios copromotores de la construcción de dichas viviendas y, como tales, vienen obligados a sufragar el costo real de la construcción de las mismas, según el art. 104 del Reglamento de Cooperativas de 16 de noviembre de 1978, que viene a responsabilizar a los socios del resultado de la gestión económica de la construcción, y según SS de 20 de febrero de 1989 y 6 de marzo de 1990, en las que se afirma que la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del costo de la construcción son operaciones diferenciables de la idea de venta a persona ajena a la constructora.

Interpretación de los contratos: Revisión en casación.—La interpretación de los contratos, y de los negocios jurídicos en general, es función propia de los juzgadores de instancia, que puede ser sometida a revisión casacional cuando la labor hermenéutica por aquéllos realizada conduzca a exégesis desorbitadas, ilógicas o erróneas (SS de 17 de abril de 1989, 13 de marzo de 1990 y 18 de enero de 1991), supuesto que se da en el presente caso, pues lo que la Junta Rectora de la Cooperativa llamó «ímputación final», según se desprende de la simple lectura de la misma, fue un estudio económico sobre los recursos propios y los gastos pendientes, en el que, además de incluirse conceptos contables de muy heterogénea naturaleza, se hizo una previsión de futuro para afrontar el costo de construcciones aún por realizar, pero no entrañaba una verdadera y propia «liquidación definitiva» de todos los gastos real y efectivamente hechos, una vez terminada la construcción de todas las viviendas, que permitiera hacer una exacta y definitiva distribución o derrama entre los diversos cooperativistas.

Ímputación final: Nulidad del acuerdo de la Asamblea General extraordinaria.—Esta Sala en S. de 13 de junio de 1987 declaró nulo el acuerdo por el que la Asamblea General extraordinaria de 28 de junio de 1983, aprobó la referida «ímputación final», cuya nulidad impide que la misma pueda ser utilizada para determinar si el demandante adeuda, o no, cantidad alguna por el costo de construcción de la vivienda que le había sido adjudicada y, en caso afirmativo, cuál sea el montante de la misma, lo que habrá de concretarse a través de la necesaria liquidación definitiva. (*STS de 22 de mayo de 1992; ha lugar*). (*G.G.C.*).

III. DERECHO PROCESAL

33. Principio de tutela judicial efectiva. Art. 24 de la Constitución.—El motivo denuncia como infringido el art. 24 de la Constitución. Tomando en vano su texto, sin cita alguna de precepto procesal infringido o de principio del proceso conculado, expone que no se le ha proporcionado tutela judicial efectiva, cuando es evidente que la ha disfrutado si por disfrute se entiende haber acudido al Tribunal a recabar su supuesto derecho con base en cuantos hechos ha tenido por bien alegar. Que la sentencia no le sea favorable nada tiene que ver con la falta de tutela judicial efectiva, cuyo contenido (acceso al proceso, igualdad procesal, oportunidad de contradecir, sentencia fundada, recursos, etc.) se ha respetado.

Carácter resoluble de los contratos interpersonales.—Si lo que pretende es que en el orden jurisdiccional civil se otorgue a los arrendamientos de servicios la misma tutela legal que a los contratos laborales, debe recordarse que, según reiteradísima jurisprudencia (*vid. Sentencias de 29-5-79, 19-2-84, 19-12-85, 22-3-88*), los contratos interpersonales, sean mandato, comisión, agencia, hasta sociedad colectiva, son resolubles a petición de cualquier parte y si alguien entiende que la resolución le causa perjuicio deberá alegarlo y probarlo, así como invocar el pacto o la norma en que se apoya, pero nada de ello sucede en el caso de autos, puesto que las sentencias han declarado inexistentes las prestaciones cuyo abono reclama y nada se insta respecto a perjuicios por resolución arbitraria del contrato. (**STS de 25 de mayo de 1992; no ha lugar**).

HECHOS.—Planteada una demanda de despido ante la jurisdicción laboral, ésta se declaró incompetente por tratarse de una relación jurídica de alta dirección y corresponder a la sazón al orden civil. Planteada nuevamente la cuestión en forma de reclamación civil, la sentencia hoy recurrida desestimó la demanda por no haber demostrado la prestación de los servicios que sirven de base a la reclamación de cantidad y, estimando la reconvención, se le condenó a devolver lo percibido durante el litigio ante el orden social por idéntica razón de no haberse acreditado los servicios. Contra esta sentencia no ha pasado el trámite de admisión ningún motivo tendiente a desvirtuar los hechos y, por tanto, permanece incólume la declaración de que ningún servicio que deba remunerarse se ha prestado, lo cual comporta la desestimación del único motivo planteado en casación por infracción de ley al amparo del núm. 5.^º del artículo 1.692 de la LEC. (*A.C.S.*).

34. Documentos hábiles a efectos de verificación de la existencia de error en la apreciación de la prueba como motivo de casación.—«... tiene dicho esta Sala con reiteración que la denuncia del error en la apreciación de la prueba no permite realizar un nuevo examen y valoración de

las practicadas en el proceso, convirtiendo de esa forma el recurso de casación en una tercera instancia, sino que exige concretar el error denunciado a la par que la cita específica del documento que lo patentice, sin que sea lícito a tal fin ampararse en otras probanzas que no sean estrictamente documentales, ya que no cabe confundir documentos con pruebas documentales, debiendo entenderse incluidos entre aquéllos los que se mencionan en los arts. 1.216 y siguientes del Código Civil y 596 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; asimismo, que los documentos a que se refiere el número 4.^º del art. 1.692 son aquellos en que se constata un hecho, acto o negocio jurídico producido con independencia de las actuaciones judiciales a que ha sido incorporado como medio de prueba (Sentencias de 27 de marzo, 17 de julio y 15 de septiembre de 1985, 30 de abril de 1986, 23 de mayo y 15 de junio de 1987, 15 de enero y 5 de mayo de 1988, 23 de febrero y 7 de junio de 1991, entre otras)».

«... reiterada doctrina de esta Sala manifestada, entre otras, en Sentencias de 16 de marzo de 1987, 10 de octubre de 1988, 12 de febrero y 5 de marzo de 1990, afirma la falta de idoneidad de los documentos de carácter administrativo para fundar sobre ellos un error de hecho en la apreciación de la prueba....».

Exigencia de resolución administrativa previa para legitimar un derribo.—«... la no adecuación de la marquesina a las vigentes normas urbanísticas, no facultaba al Banco demandado para su demolición, no existiendo, como no existía una resolución administrativa previa que hubiese ordenado el derribo....».

Inidoneidad de las normas administrativas para fundar un recurso de casación al amparo del artículo 1.692.5 LEC.—«... es doctrina reiterada de esta Sala, Sentencias de 11 y 20 de febrero, 9 y 2 de junio y 30 de septiembre de 1991, entre las más modernas, que las normas idóneas para fundar sobre ellas un recurso de casación al amparo del número 5.^º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son las de naturaleza sustantiva en el sentido y con el contenido del número 1.^º del art. 1 del Código Civil, no teniendo rango normativo apto las disposiciones de carácter administrativo como es el Plan General de Urbanismo de Madrid». (STS de 19 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Al realizar unas obras en determinados locales de su propiedad, el Banco Bilbao-Vizcaya derriba una marquesina. La Comunidad de propietarios demandante entiende que dicha marquesina es un elemento común, que ha sido demolida sin haberse obtenido la correspondiente autorización de la Junta de Propietarios y que por ello procede que el Banco reponga la marquesina e indemnice los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte la apelación de la Comunidad. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria. (*R.G.S.*).

35. Incongruencia procesal.—«Para apreciar la incongruencia como vicio de la sentencia no hay que comparar las acciones que deberían haber ejercitado los actores con la que efectivamente han puesto en práctica y que la sentencia acoge, sino los términos del suplico de la demanda con los de esta última.»

«... la incongruencia sólo puede ser alegada por la parte a quien perjudica la falta de pronunciamiento de la sentencia sobre una petición concreta, que es a quien la hizo».

Tensión formalismo-justicia material.—«... no es admisible ni tolerable que en los tiempos actuales meros formalismos dejen sin atender las justas pretensiones de resarcimiento formuladas por quienes han sufrido daños por la conducta ajena».

No cave recurso de casación contra los *obiter dicta*.—«Es reiterada la doctrina de esta Sala de que el recurso de casación no se da contra los *obiter dicta*.» (STS de 19 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El matrimonio comprador de dos inmuebles más determinados bienes muebles y enseres demanda al matrimonio vendedor el cumplimiento del contrato junto con la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Los demandados pidieron la absolución de la demanda y reconvinieron a fin de que se declarase que el contrato se había resuelto por incumplimiento. El Juzgado estimó esencialmente la demanda condenando a los vendedores al otorgamiento de escritura pública de venta y al pago de la indemnización amén de las costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó parcialmente en el punto relativo a la condena en costas. Interponen los vendedores recurso de casación resultando no haber lugar. (*R.G.S.*).

