

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVIII  
FASCICULO I



ENERO-MARZO  
MCMXCV

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

## Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

## Dirección

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS

LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

## Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

## Consejo de Redacción

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

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

## SUMARIO

|  | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| Estudios monográficos  |             |
| DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: <i>La formación del contrato</i> .....  | 5           |
| ALBALADEJO, Manuel: <i>La nulidad de los préstamos usurarios</i> .   | 33          |
| FAIREN-GUILLEN, Víctor: <i>Perfiles en las relaciones entre proceso civil y penal: La teoría general del proceso</i> ..... | 51          |
| NAVAS NAVARRO, Susana: <i>La accesión industrial (Especial atención al Derecho catalán)</i> .....                          | 85          |
| PICO I JUNOY, Joan: <i>Para una eficaz administración forzosa de bienes embargados</i> .....                               | 163         |
| BECCHI, Paolo: <i>La codificación posible. Hegel entre Thibaut y Savigny</i> .....   | 195         |

|   | Pág. |
|---|------|
| <b>Estudios Legislativos</b>  |      |
| MUÑOZ DE DIEGO, Emiliano: <i>La representación del presidente: Naturaleza y contenido (Examen del art. 12 de la Ley de Propiedad Horizontal)</i> . . . . .  | 219  |
| <b>Dictamen</b>   |      |
| ROCA TRIAS, Encarna: <i>Dictamen sobre la propiedad del Gran Teatro del Liceo y otros extremos</i> . . . . .  | 243  |
| <b>Información Comunitaria</b>  |      |
| ALVAREZ GONZALEZ, SANTIAGO: <i>Crónica de Legislación y jurisprudencia comunitarias</i> . . . . .   | 293  |
| <b>Bibliografía</b>   |      |
| <b>LIBROS:</b> AAVV: <i>Estudios sobre el Derecho de Consumo</i> , por M. <sup>a</sup> Victoria Petit Lavall.—ANDRE/LUCAS: <i>Traité de la Propriété Littéraire et artistique</i> , por M. <sup>a</sup> del Pilar Cámara Aguila.—BASSOLS COMA, M.: <i>Las Obras públicas y el Urbanismo</i> , por Julio Ortega Bernardo.—BELLO JANEIRO, D.: <i>La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de ganancias</i> , por María Eugenia Rodríguez.—CABANILLAS SANCHEZ, A.: <i>Las obligaciones de actividad y resultado</i> , por Nieves Fenoy Picón.—GREEN/HARTLEY/USHER: <i>The Legal Foundations of the Single European Market</i> , por Javier Lete Achirica.—MIGUEL PERALES, C. de: <i>La Responsabilidad Civil por daños al Medio Ambiente</i> , por F. Morillo.—NUÑEZ BOLUDA, M. <sup>a</sup> D.: <i>La accesión en las edificaciones</i> , por José Ferrandis Vilella.—SCHWAB/HENRICH: <i>Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts. Beiträge zum europäischen Familienrecht</i> , por M. <sup>a</sup> Paz García Rubio.—TREITEL: <i>The Law of Contract</i> , por Javier Lete Achirica. . . . . | 333  |
| <b>REVISTAS ESPAÑOLAS</b>   |      |
| A cargo de Isabel ARANA DE LA FUENTE . . . . .  | 377  |
| <b>Jurisprudencia del Tribunal Supremo:</b>   |      |
| <b>I. SENTENCIAS COMENTADAS:</b>  |      |
| — «Obligación de no disponer y Prohibición de disponer. (Comentario a la STS de 26-7-1993)», por A. CAÑIZARES LASO . . . . .  | 411  |
| — «Seguro voluntario: llamada de la Compañía aseguradora al proceso. Intervención adhesiva o llamada en garantía», por C. SAMANES ARA. . . . .  | 429  |
| — «Alcance y significación de la insolvencia como base del presupuesto objetivo de la declaración de quiebra. (Comentario a las SS TS de 9-1-1984 y 13-10-1989)», por S. MARTIN SANTISTEBAN. . . . .  | 447  |
| — «Reserva lineal. Comentario a la STS 23-3-1992», M. <sup>a</sup> E. RODRIGUEZ MARTINEZ. . . . .   | 467  |
| <b>II. SENTENCIAS</b>   |      |
| A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ. Colaboran: Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Rosario DIAZ ROMERO, Pedro José FEMENIA LOPEZ, Gabriel GARCIA CANTERO, Ainhoa GUTIERREZ BARRENENGOA, Inmaculada HERBOAS MARTINEZ, Oscar MONJE BALMASEDA, Nieves MORALEJO IMBERNON, Paloma POVEDA BERNAL, Aurea RAMOS MAESTRE, Rafael SANCHEZ ARISTI. . . . .  | 483  |

# **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. Gran Vía, 76 — 8.º, teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVIII  
FASCICULO I



ENERO-MARZO  
MCMXCV

---

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

---

I.S.B.N.: 84-7787-976-1 (Obra completa)  
I.S.B.N.: 84-7787-972-9 (Tomo I)  
N.I.P.O.: 060-95-003-X  
I.S.S.N.: 0210-301-X  
Depósito Legal: M-125-1958

---

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

---

### La formación del contrato

LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

Al preparar en 1964 la Ley Uniforme sobre venta internacional de bienes inmuebles corporales, que fue aprobada aquel mismo año por un Convenio de La Haya, los autores del proyecto consideraron necesario dotar de una regulación uniforme al proceso de formación del contrato, por entender que, en este punto, podían producirse notables discrepancias entre las partes contratantes y, probablemente, lo más importante, sensibles diferencias entre los Derechos nacionales. Surgió de este modo, la llamada Ley Uniforme sobre la Formación del Contrato de venta internacional de bienes inmuebles corporales, que fue también aprobada por el Convenio de La Haya de 1964 (LUFCA). No disponemos de una experiencia especialmente notable de la aplicación de esta Ley Uniforme que no fue ratificada por muchos países.

En los años subsiguientes, el tratamiento de los problemas relativos a la formación del contrato experimentó, sobre todo en el Derecho norteamericano, una notable evolución que plasmó, finalmente, en el Código de Comercio unificado (UCC) de Estados Unidos. El propósito de unificar a un nivel más amplio el Derecho de la compraventa internacional de mercaderías dio origen a una serie de trabajos colocados bajo la égida de la Uncitral, que, tras varios borradores realizados por los grupos de trabajo, culminó en un texto definitivo que se sometió a una conferencia internacional y fue aprobado como Convenio de las Naciones Unidas en Viena (CV) en 1980. Este Convenio ha sido objeto de un instrumento de adhesión del Estado Español el 17 de julio de 1990 y el texto del Convenio, como parte integrante del Derecho español, fue publicado en el BOE el 30 de enero de 1991. En el Convenio de Viena, los arts. 14-24 regulan de manera muy completa la formación del contrato de venta de mercaderías, en una forma que, por él detallada, contrasta con la parvedad del art. 1262 del CC. Aunque en el Convenio estas normas tienen por objeto exclusivamente la formación de

los contratos de venta internacional de mercaderías, nada puede impedir (lejos de ello todo aconseja) que las normas del Convenio sean tenidas en cuenta para resolver los problemas de formación del contrato mediante oferta y aceptación, cualquiera que sea la naturaleza del contrato en cuestión.

Las cosas no han concluido aquí. En estos mismos años, un grupo de trabajo de Unidroit ha elaborado unos Principios de la Contratación Internacional, en los que se dedica una especial atención a la materia de la formación del contrato. Todo ello aconseja realizar algún comentario y llevar a cabo alguna reflexión sobre estos textos, cuya importancia en los momentos actuales es evidente.

1. *Oferta y propuesta de contrato.*— El art. 14 CV comienza diciendo que «la propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación». Señala Audit que este precepto se inspira en una concepción que distingue la oferta propiamente dicha de la propuesta contractual. Las propuestas de contratar constituyen el género y, dentro de él, como una especie particular, se sitúa la oferta, que es una propuesta que reúne unos determinados y estrictos requisitos. Las propuestas de contratar son declaraciones que manifiestan la intención de llegar en lo sucesivo a establecer un contrato que queda inicialmente diseñado en algunos de sus elementos. Son proyectos cuya finalidad se limita a abrir el proceso que conducirá, eventualmente, a la formación del contrato.

El género «propuestas de contrato» parece dividirse en dos especies distintas: por una parte, se encuentran las genuinas ofertas y, por otra, las llamadas invitaciones a hacer ofertas que pueden ser interrogaciones sobre posibles intenciones, solicitudes de información o en sentido estricto, invitaciones.

2. *Los requisitos de la propuesta para constituir oferta.*— Son dos: la declaración del proponente debe incorporar la intención de éste de quedar vinculado y obligado en el caso de aceptación y debe, además, ser suficientemente precisa.

La oferta es una declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de lograr un contrato, y además, para que exista genuina oferta, en la declaración mencionada debe producirse o manifestarse una voluntad del oferente de que el contrato quede formado sólo a través de la aceptación. Habiendo aceptación y sin más trámite, el contrato quedará constituido. No será necesario emitir nuevas o distintas declaraciones de voluntad. Esto es, precisamente, lo que quiere decirse al hablar de «una intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación». El quedar obligado significa quedar vinculado y quedar vinculado contractualmente. Lo decisivo es que, según la voluntad del oferente, ya sólo se precise aceptación y que con posterioridad no haya de aparecer ninguna otra declaración de voluntad. Es el

oferente quien quiere el contrato a partir de la realización o de la efectividad de la aceptación. Por esto, no son ofertas las propuestas que se hagan con reservas o salvo confirmación, ni tampoco las respuestas a solicitudes de información que se mantienen en un campo puramente informativo. Tampoco hay oferta cuando, según la voluntad de las partes, el contrato sólo quedará formado cuando ambas partes suscriban un documento público o privado.

La voluntad del oferente de quedar vinculado mediante la aceptación es una intención caracterizable como genuina voluntad negocial. Se requiere que esta voluntad negocial o intención del oferente se encuentre precisamente indicada o incorporada en la propia oferta.

La determinación de si existe esta voluntad o intención de quedar obligado y si se encuentra suficientemente expresada en la propuesta, es una cuestión de interpretación, materia en la que, en nuestro Derecho y a falta de otras reglas, hay que aplicar las mismas que rigen la materia de la interpretación de los contratos ya formados. Como es bien sabido, en materia de interpretación, se abren dos grandes líneas (la llamada interpretación subjetiva vinculada a la voluntad real del declarante y la interpretación objetiva, que busca más bien el sentido que razonablemente puedan encontrar los destinatarios de la declaración, para proteger las expectativas y la confianza que en ellos se haya suscitado), por lo que hay que determinar qué tipo de interpretación es la que debe predominar en la materia que ahora nos ocupa. En efecto, se puede llegar a soluciones opuestas si una propuesta es interpretada de acuerdo con los criterios que sirvan para determinar la voluntad del oferente, permitiendo además algún medio de prueba respecto de ella, o si debe interpretarse de acuerdo con el sentido objetivo con que puede ser recibida por los destinatarios. En tal caso, puede resultar un contrato no querido por el proponente, aunque exigido por la protección de los destinatarios. El Convenio de Viena introduce a este respecto normas de cuyo carácter objetivo no cabe dudar, como es la aplicación de los usos particulares existentes entre los declarantes y la regla de la buena fe, de una manera que parece objetivizar el contrato.

A mi juicio, por regla general, no hay serias razones para desviarse del principio de interpretación subjetiva o según voluntad. Sólo debemos inclinarnos en favor de la interpretación objetiva si el destinatario de la declaración de oferta, al interpretarla ha modificado razonablemente su propia situación jurídica o económica. En este sentido, me parece que militan en favor de la interpretación objetiva muy serias razones en aquellos casos en que se hubiera producido una aceptación tácita, o en los que el destinatario de la oferta hubiere comenzado a ejecutar actos preparatorios de la ejecución o del cumplimiento del contrato, pero no en los demás.

3. *La suficiente precisión de la oferta.*— En la doctrina tradicional se solía exigir, para la existencia de una genuina oferta de contrato, que la declaración del oferente fuera completa, de manera que en

ella se encontraran determinados los elementos de futuro del contrato, aunque en algunos casos el carácter completo ha sido referido solamente a los llamados elementos esenciales del negocio, dado que el art. 1.262 habla del concurso y de la oferta y aceptación sobre la cosa y causa del contrato. Parece claro que un sistema en el que se exija el carácter íntegro o completo de la oferta, establece notorias dificultades para llegar a un contrato, porque siempre podrá decirse que faltó alguna materia sobre la que el oferente hubiera debido pronunciarse. Para favorecer la celebración de los contratos, el tradicional requisito del carácter completo se sustituye ahora por el más matizado de la suficiente precisión.

El art. 14 CV considera bastante para que una oferta sea «suficientemente precisa», que indique las mercaderías y que, expresa o tácitamente, señale la cantidad y el precio o que prevea un medio para determinarlo. Se abren así tres posibilidades de que exista una genuina oferta y se haya traspasado el umbral de los tratos previos:

a) En la propuesta existe una determinación expresa de las mercaderías, de la cantidad que ha de servirse y del precio, que debe comprender la especie monetaria en que haya de ser pagado. En este caso no se plantea ningún problema especial, pues en ella existe la previsión de un contrato de compraventa con determinación suficiente de elementos esenciales.

b) La declaración de voluntad de propuesta designa e identifica las mercaderías, pero la cantidad y el precio resultan sólo de manera tácita. Por regla general, esta designación simplemente tácita es admisible y no priva a la declaración del carácter de oferta.

La determinación implícita o tácita de la cantidad puede resultar de acuerdos marcos preexistentes (por ejemplo: acuerdos generales de adquisición de toda la producción del vendedor o compromiso de satisfacer periódicamente las necesidades del comprador). Puede resultar también de los usos individuales y de las prácticas existentes entre las partes. Si con anterioridad se han servido pedidos de una cierta cantidad y tales pedidos se han reiterado, es legítimo entender implícitamente que el nuevo pedido-oferta comprende una cantidad igual a las anteriores.

Más complicado resulta el problema de la determinación implícita del precio, al que habrá que dedicar una atención especial.

c) Es posible que en la propuesta, sin plena determinación del objeto contractual, se encuentren señalados criterios de determinación. Este es un supuesto bien conocido en la tradición de las codificaciones europeas y en nuestro Código Civil se encuentra admitido por el art. 1.273, con carácter general para todos los contratos. En materia de contrato de compraventa los arts. 1.447 y 1.448 admiten también los criterios de «determinabilidad»; determinación del precio por referencias al de otra cosa cierta; admisión de su señalamiento al arbitrio de un tercero; fijación del precio por remisión a cotización en bolsa o



mercado. Naturalmente, la existencia en la oferta de criterios de determinabilidad hace que la oferta sea suficientemente definida.

4. *El problema de los precios implícitos.*— No resulta fácil decidir si una propuesta puede ser calificada como oferta de contrato, cuando en ella no existe una indicación del precio. La aplicación estricta de las reglas generales y, en particular, del art. 1.262 conduciría a entender que nos encontramos todavía en la fase de tratos preliminares, que exigen un posterior acuerdo sobre el precio. Esta solución, teóricamente irreprochable, tiene la dificultad desde el punto de vista práctico de impedir la formación de un buen número de contratos y, lo que es aún peor, dejar sin soporte contractual a un número de atribuciones que hayan sido hechas con el designio de ejecutar lo que se consideraba un contrato.

Por supuesto, no existe ningún problema si el comprador indica en la oferta de compra que acepta el precio de catálogo o los precios practicados por el vendedor. A la misma conclusión se puede llegar en aquellos casos en que el oferente no rechace los precios practicados por el destinatario de su oferta o pedido. En todos estos casos, sólo podría existir un recurso a las reglas de la buena fe para reducir el precio, cuando el facturado resulte notoriamente abusivo. Quiere decirse con ello que se puede entender válida la remisión al arbitrio de una de las partes en la fijación del precio, siempre que éste sea realizado de acuerdo con un arbitrio *boni viri* con la consiguiente remisión a un arbitrio corrector. Sin embargo, lo que no puede negarse es que la declaración contenida en el pedido es una oferta y, consiguientemente, que el contrato ha quedado establecido y, en su caso, ejecutado. Porque existe un contrato concertado, puede ejercitarse la facultad revisora por violación de las reglas relativas al arbitrio *boni viri*. Esta línea había sido seguida por el art. 212 del Código Suizo de las obligaciones, según el cual el comprador puede hacer un pedido en firme sin incluir el precio y en este caso se presume que la venta se concluye por los precios medios del día y lugar de la ejecución del contrato. La misma línea sigue el Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos, que permite que las partes puedan concluir un contrato de venta sin determinar el precio y que éste puede ser fijado solamente por el comprador o por el vendedor, con la limitación de que la fijación sea realizada de acuerdo con las reglas de la buena fe.

En los trabajos preparatorios del Convenio de Viena, la regla del art. 14, que exige una determinación del precio, aunque ésta sea implícita, constituye, según señala Bonell, un compromiso entre dos tendencias muy diferentes, por las constantes presiones de los países en vías de desarrollo, que temían que, en sus relaciones con los países industrializados, a falta de precisa indicación del precio contractual, tendrían que sufrir los precios de catálogo de las empresas vendedoras, normalmente más fuertes, o, en los casos de venta por ellos mismos de sus materias primas, las cotizaciones de los mercados situados en paí-

ses occidentales coincidían en ello con los deseos y necesidades de los países pertenecientes al entonces llamado mundo socialista, cuyo comercio exterior se encontraba estatalizado. El compromiso en el art. 14 consiste en exigir determinación frente a la tesis de los posibles precios al arbitrio de una de las partes con el límite de la buena fe, aunque admitiendo, por otra parte, los precios implícitamente determinados.

No obstante, después del compromiso que supuso el art. 14 CV, se produjo probablemente otro compromiso entre los grupos de trabajo. Se dictó así el art. 55, según el cual, cuando el contrato ha sido válidamente celebrado, pero el precio no se ha señalado, ni expresa, ni tácitamente, se considera, salvo indicación contraria, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente admitido en la generalidad de los contratos para las mismas mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes en el tráfico mercantil de que se trata.

Los dos preceptos, 14 y 55, no se encuentran debidamente armonizados y es claro que el art. 55 conduce a las soluciones de una mayor flexibilidad. Podría entenderse que el art. 55 se refiere a contratos que han sido válidamente celebrados, lo que podría considerarse equivalente a un cruce perfecto de una válida oferta con una válida aceptación. Sin embargo, puede entenderse también que se trata de contratos ejecutados sin especiales reservas. Por ello, la única forma de salvar la antinomia es entender que, a falta de una determinación expresa o tácita del precio en la oferta, existe siempre una referencia a los criterios que el propio art. 55 menciona.

5. *El contenido variable de la oferta.*— El hecho de que se considere como requisito para que una propuesta merezca la condición de oferta de contrato, una determinación suficiente de los elementos esenciales del contrato, no impide que el oferente pueda establecer, en su propuesta, un contenido más amplio, como puede ser, el tiempo de la entrega, el tiempo de pago del precio, las garantías y la documentación necesaria, las responsabilidades por incumplimiento o cualquier otro extremo del contrato que desee. Si en la propuesta se encuentra fijado un número de elementos del contrato superior a los que se requieren para que haya una «definición suficiente», todos ellos son, en el caso concreto, contenido de la oferta y todos ellos requieren aceptación.

6. *Los requisitos de validez de la oferta: capacidad y voluntad libre.*— La validez de la oferta requiere los presupuestos que son de aplicación general de todo negocio jurídico y, en particular, de los contratos. El Código Civil holandés, que regula especialmente esta materia, exige únicamente que se cumplan las reglas de validez de los negocios jurídicos unilaterales. A nuestro juicio, no existe ninguna razón de fondo para dejar de aplicar las reglas generales de los contratos. La falta de capacidad y los vicios de la voluntad darán lugar a la anulabilidad del contrato ya formado, si hubiera recaído aceptación. Nada impide, sin embargo, que el oferente, antes de recaída la aceptación, ponga de re-

lieve el alcance de los defectos anteriormente señalados, al igual que nada impide que lo haga su representante, en el caso de incapacitados. Si los antedichos vicios han sido conocidos por el destinatario de la oferta, ninguna razón existe para que se le proteja especialmente. Si los ignora, las reglas de anulación de los contratos deben regir también.

Se aplican asimismo las reglas generales de los contratos, cuando quien haya emitido la oferta, sea un representante legal o voluntario, un apoderado, un agente o el órgano de una persona jurídica. Compete al aceptante reclamar un examen de los poderes, aunque, según los casos, podrá funcionar un apoderamiento derivado de hechos concluyentes.

7. *Las propuestas dirigidas a personas indeterminadas.*— Nada impide que una propuesta u oferta de contrato sea dirigida a varias personas determinadas o a un conjunto, más o menos amplio, de personas que sólo reciba, como tal conjunto, una cierta definición. En la práctica, el problema es de orden presuntivo. Se trata de deducir si las propuestas dirigidas a personas no determinadas deben seguir, en orden a su consideración como ofertas, los mismos requisitos que las demás, o si, respecto de ellas, debe regir alguna regla que, en línea de principio, excluya el carácter de oferta y las coloque en el terreno de las simples invitaciones *ad offerendum*.

El art. 4 de la LUFCA había considerado necesario, para que una propuesta o comunicación dirigida a la conclusión de un contrato pudiera ser considerada como oferta, que fuera dirigida a una o varias personas determinadas y, esta misma línea fue seguida por el grupo de trabajo de Uncitral que redactó los textos del posterior Convenio. En el art. 14 CV se adopta un criterio intermedio. Las propuestas dirigidas a personas no determinadas se consideran como simples invitaciones *ad offerendum* y no reciben, por consiguiente, la calificación de oferta de contrato. Es, como se comprende fácilmente, una norma de protección de los proponentes. Por el carácter indeterminado de las personas a quienes la comunicación va dirigida, el proponente está legitimado para sostener que su comunicación no era una oferta. Es también una norma de protección de los empresarios que realizan actividades de publicidad que pueden confundirse con ofertas de contrato. La presunción de inexistencia de oferta y de existencia de simple invitación admite que pueda darse la solución contraria, lo que ocurrirá en todos aquellos casos en los que el proponente indique claramente que hace una oferta. Del texto de la comunicación ha de resultar con claridad, sin necesidad de interpretaciones más o menos complicadas, que existe en ella una oferta, siempre que además queden cumplidos todos los requisitos necesarios para la calificación de una comunicación como oferta. En este sentido, la actividad comercial moderna, al trivializar la palabra «oferta», impide una interpretación de carácter puramente literal.

En ocasiones, puede ser difícil dilucidar lo que se entiende por personas determinadas y no determinadas. Algún autor puntualiza que la expresión «personas determinadas» incluye tanto las personas individuales como jurídicas e incluso, grupos que no posean personalidad, que sean uniones mercantiles, sociedades irregulares o grupos de negocios. Estos conjuntos de personas deben considerarse como personas determinadas, tanto si la oferta se dirige a nombre de uno de ellos como si se dirige al de todos. La separación entre personas determinadas y no determinadas se complica en el caso de lo que, en las técnicas modernas de marketing, se denomina *mailing*. Se trata, como es sabido, de una masa de comunicaciones de carácter generalmente publicitario, en las que, aunque cada una de ellas aisladamente tiene un destinatario determinado, a éste no le resulta difícil advertir que él no es el único y que forma parte de un conjunto. Eorsi considera las propuestas enviadas por correo directamente a un destinatario designado por su nombre y apellidos, como propuesta a persona determinada. Sin embargo, no es la solución la que debe ser mantenida, si no se olvida el carácter fácilmente reconocible que el *mailing* presenta como fenómeno de publicidad y la falta de buena fe que existe en pretender considerarlo como oferta. Se ofrecen además razones de orden práctico. Si los vendedores —dice Honold— tras varios meses de preparación, llevan a cabo una amplia distribución de catálogos señalando un conjunto de productos e indicando los precios y en ese tiempo tales precios experimentan una modificación considerable, de manera que los precios no se pueden mantener, los vendedores, si las comunicaciones se consideran como ofertas, se verían frecuentemente ante avalanchas de pedidos de lo que comúnmente se denomina una «ganga» y se produciría su propia ruina. Por estas razones, dice Honold, los Tribunales se muestran reacios a admitir qué comunicaciones como las descritas pueden crear tales riesgos y pueden ser consideradas como ofertas.

8. *Las declaraciones de voluntad emitidas en el período de formación del contrato: su consideración como declaraciones recepticias y la adopción desde el punto de vista llamado de la recepción.*— En la técnica usual entre nosotros, los problemas de contratación entre personas distantes o aquellos otros en los que las declaraciones se produzcan *ex intervallo temporis*, han sido estudiados exclusivamente en relación con el momento de la formación del contrato y, por ello, en relación con las declaraciones de aceptación. Como es bien sabido, al respecto, se han formulado los cuatro puntos de vista que son conocidos como teorías de la admisión, cognición o conocimiento, de la expedición y de la recepción. Para el primero, la declaración de voluntad de aceptación vincula al declarante y al oferente desde que es emitida; para el segundo, oferente y aceptante sólo quedan vinculados cuando el oferente conoce la aceptación; para el tercero, la aceptación se produce cuando el aceptante se desprende de su declaración y la expide; y para el último, la vinculación se produce desde el momento de la llega-

da de la declaración al círculo de intereses (domicilio, establecimiento, etc.), aunque no haya adquirido un puntual conocimiento de la misma.

La evolución más reciente (Convenio de Viena, Principios de Unidroit, etc.), seguramente con buen acuerdo, ha colocado los problemas del carácter recepticio en relación con todas las declaraciones de voluntad emitidas en la fase de formación del contrato; los problemas no se limitan sólo a la aceptación y comprenden también la oferta, su retirada o revocación y la retirada o revocación de la aceptación. El criterio que ahora se adopta es el criterio de la recepción, con anterioridad seguido mayoritariamente por la doctrina, por entender que es el que cuadra mejor con los principios de buena fe, de autorresponsabilidad y de confianza.

El art. 5 LUFÇO se limitaba a decir que la oferta no vincula al oferente hasta que haya sido comunicada al destinatario. La determinación del criterio y del momento de efectividad de la comunicación se situaba en aquella reglamentación en la línea de lo que antes hemos llamado el punto de vista de la expedición. Aunque el art. 5 LUFÇO no fue objeto de especial discusión en la Conferencia de La Haya en 1964, el grupo de trabajo Uncitral, en su sesión de 1967, transformó la redacción negativa (no vinculará) en una regulación positiva y adoptó, además, el criterio de la recepción.

La recepción o llegada es la condición que hace efectivas o convierte en efectivas las declaraciones de voluntad. La idea de «llegada» al destinatario debe entenderse como acogimiento del criterio de la recepción». En el texto inglés la expresión *reach* no sólo denota la llegada, sino el hecho de haber alcanzado al destinatario. La efectividad de la declaración ha de situarse en el momento en que llega al ámbito o círculo los intereses del destinatario, sin perjuicio de que éste haya llegado efectivamente a conocerla o no. Es el punto de vista dominante en la doctrina y el que lleva a cabo una más adecuada ponderación de todos los intereses que se encuentran en juego. El oferente ha cumplido todos los deberes de diligencia: ha hecho todo aquello que estaba en su mano. Si el destinatario pudo, y además actuando diligentemente, debió, conocer la aceptación, las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que si la hubiera conocido, aunque no haya existido un conocimiento real y efectivo. El destinatario que, habiendo recibido la comunicación, alega, e incluso prueba, no haberla llegado a conocer, actúa deslealmente y contra la buena fe.

Aplicando estas ideas al caso de la oferta, quiere decirse que la oferta se hace efectiva o, por decirlo de otra manera, alcanza su consideración como oferta a partir del momento de la llegada al destinatario. Consecuencia de esta regla de efectividad de la oferta por la llegada de la comunicación de propuesta al destinatario, es que este último no puede considerar que haya oferta si ha tenido conocimiento por un medio distinto. Una aceptación realizada en virtud de un cono-

cimiento diverso de la llegada de la propuesta sería una «aceptación anticipada», no podría considerarse como verdadera aceptación y tampoco podría impedir la retirada de la oferta, si ésta se hubiera producido.

9. *La retirada de la oferta: la distinción entre retirada y revocación.*— En el Convenio de Viena, se distingue entre retirada y revocación, para lo cual se procuró acuñar una terminología suficiente para separar ambos conceptos. Así, en el texto inglés la idea de retirada se expresa utilizando el término *Withdrawal*, mientras que para la revocación se utiliza el término latino de *revocation*.

La retirada es una declaración del oferente que indica su voluntad de dejar sin efecto una anterior declaración de la oferta, cuando ésta todavía no ha alcanzado efectividad. Existe retirada en el período de tiempo o en la fase de formación que media entre emisión de la oferta y la recepción o llegada de la misma al destinatario. En cambio, revocación es la declaración de la voluntad de cancelación de la oferta y de sus efectos, en el período que media entre la recepción de la oferta y la perfección del contrato. La consecuencia práctica más importante de la distinción es permitir la retirada de las ofertas cuando éstas sean irrevocables. La retirada de la oferta es, lógicamente, libre y está sometida únicamente al requisito de la tempestividad. Se refiere a una declaración que no ha alcanzado ninguna forma de efectividad. El destinatario de la retirada no puede alegar ningún justo motivo para impedir dicha retirada, puesto que ningún tipo de confianza, ni de interés atendible podría haberse creado en él.

11. *La retirada de las ofertas irrevocables.*— Cuando en la declaración de voluntad de oferta, a ésta se le haya dotado de carácter irrevocable, la retirada no puede quedar impedida. La razón es la misma que antes se ha expuesto: una oferta, aun cuando sea irrevocable, si todavía no ha llegado al destinatario y no ha alcanzado efectividad, no ha creado intereses protegibles y, menos todavía, derechos de tipo alguno.

12. *El límite temporal de retirada de la oferta.*— La posibilidad de retirada de la oferta concluye (o si se prefiere utilizar otra expresión, caduca) en el momento de la llegada de la oferta al destinatario. Si la retirada se ha realizado antes de la llegada de la oferta, utilizando un medio de comunicación más rápido y el destinatario la recibe antes, nada puede reclamar, ni alegar. Lo mismo ocurre, naturalmente, si se produce una coincidencia temporal en la llegada de ambas comunicaciones.

Nada impide, por otra parte, que una declaración de voluntad de retirada, que llegue tardíamente, pueda y deba valer como revocación.

13. *Revocabilidad e irrevocabilidad de la oferta. El principio general de revocabilidad.*— La revocación es una declaración de voluntad del oferente, cuyo intento empírico consiste en privar de eficacia a

la oferta, pero que, a diferencia de la retirada, se produce en la fase de un proceso de la formación del contrato ya abierto, esto es, en el tiempo que media entre la llegada de la oferta a su destinatario y el momento de la aceptación o del rechazo de la oferta. En línea de principio, la oferta puede ser revocada porque no existe ningún tipo de vinculación del oferente. Este ha emitido una comunicación dirigida a hacer posible la formación de un contrato, pero no ha contratado y, por tanto, no está obligado. Por el solo hecho de que la oferta haya llegado al destinatario tampoco se ha creado en éste una situación jurídica de confianza que merezca alguna dosis de protección jurídica. La regla es, naturalmente, la revocabilidad. La revocación de la oferta no necesita llenar ningún requisito especial de forma, ni coincidir con la forma que la oferta recibiera. Los problemas serán de prueba, pero no de eficacia.

14. *El límite temporal de la facultad de revocación de la oferta.*— Si la regla es que el oferente es libre de revocar porque no ha quedado todavía vinculado, es lógica consecuencia de ello que la revocación quede impedida una vez que ha recaído la aceptación del destinatario y, por consiguiente, cuando debe entenderse que existe ya un contrato. Se observa enseguida que ambos momentos no coinciden, porque es distinto el hecho de que recaiga aceptación y la consideración de la existencia del contrato que sólo se produce cuando la aceptación llega al oferente. De esta manera, pueden jugar dos soluciones. De acuerdo con la primera, el límite temporal de la facultad de revocación es el momento de perfección del contrato, que es el momento de efectividad de la aceptación. Para una segunda solución, en cambio, el límite temporal de la facultad de revocación es aquél en el que el destinatario de la oferta emite o envía la declaración de aceptación. Esta es la solución que parece más adecuada, puesto que el aceptante ha hecho ya todo lo que estaba en su mano para perfeccionar el contrato. Cubre mejor los supuestos de aceptación tácita. Es la que se establece en el art. 16 CV y es la solución, que, según explica Audit, es más conveniente para no otorgar al oferente una ventaja excesiva.

15. *Los casos de irrevocabilidad de la oferta: la declaración expresa de irrevocabilidad.*— La oferta es indiscutiblemente irrevocable, si el oferente ha hecho con la propia oferta o después de ella una expresa declaración del carácter irrevocable, cualquiera que fueren las causas o razones que le hayan guiado. La doctrina y la práctica del Derecho anglosajón eran, en principio, contrarias a la idea general de una irrevocabilidad nacida de la pura declaración del oferente. Se observaba que con la oferta irrevocable nace para el destinatario un derecho de naturaleza similar al derecho de opción y se entendía que la atribución de tal derecho y la autolimitación que existe en la oferta irrevocable sólo puede hacerse sobre la base de una suficiente consideración, aunque, posteriormente, el Código unificado ha evolucionado hacia posturas de mayor flexibilidad. El Derecho continental se encaminó siempre



por la línea de la admisión de la irrevocabilidad de la oferta por simple declaración del oferente.

La declaración de irrevocabilidad puede hacerse empleando una terminología jurídica rigurosa o de cualquier modo, por el que el oferente manifieste al destinatario la seguridad de que la oferta no será dejada sin efecto o, por lo menos, que no lo será en un determinado plazo. Por ejemplo, el oferente manifiesta que su oferta es firme.

En la oferta irrevocable, hay verdadera renuncia o privación del derecho o facultad de revocar que el proponente ordenamiento tiene, por lo cual cualquier manifestación del oferente que quiera dejar sin efecto la oferta, cuando se hace en contradicción de la promesa de irrevocabilidad, resulta ineficaz. De esta suerte, si se produce una aceptación efectiva, aunque el oferente haya manifestado su voluntad de dejar ineficaz la oferta, existe contrato.

Desde el punto de vista de la dogmática del Derecho continental, la oferta irrevocable constituye un negocio jurídico unilateral del proponente, que atribuye al destinatario un derecho potestativo que le faculta para perfeccionar el contrato con su sola aceptación.

15. *Las ofertas con plazos fijos para la aceptación y el problema de irrevocabilidad.*— Entre los tratadistas del Derecho continental europeo y, sobre todo, entre los autores alemanes, se ha venido entendiendo que la oferta en que el oferente fija al destinatario un plazo para la aceptación, constituye un supuesto de oferta irrevocable, por considerar que en la fijación del plazo de espera de la aceptación se encuentra implícita la idea de irrevocabilidad durante ese plazo. Probablemente con mejores argumentos, la tesis del Derecho anglosajón ha sido justamente la contraria. El mero hecho de fijar un plazo para la aceptación sólo significa someter a caducidad la posición del destinatario de la oferta, pero no significa, por lo menos por sí solo, que el proponente limite su poder de revocación. Es probable que, en muchos casos el problema sea de interpretación, pero con carácter general, la posición anglosajona parece más correcta.

Las dos tesis en cuestión se encontraròn en los trabajos de la LUFÇO y en el grupo de trabajo de UNCITRAL. El art. 5 LUFÇO se decía que la oferta puede ser revocada, después de haber llegado a su destinatario, salvo que la revocación no sea hecha de buena fe o de conformidad con la regla de la lealtad en los tratos, que la oferta contenga un tiempo fijo para la aceptación o que indique que es firme o irrevocable. El precepto añadió que la indicación de que la oferta es firme o irrevocable puede ser expresa o implícita, derivada de las circunstancias, de las negociaciones previas, de las prácticas que las partes han establecido entre ellas o de los usos. Como conclusión se estableció que la revocación sólo es efectiva si se comunica al destinatario antes que éste haya despachado la aceptación o realizado cualquier otro acto que deba ser considerado como aceptación.

Claramente, la regla del art. 5 LUFCA supuso un compromiso entre la tradición del Derecho continental y la del Derecho anglosajón. Fue revisada sin embargo en el grupo de trabajo de UNCITRAL de 1977, el cual, tras la regla de revocabilidad, estableció tres excepciones:

1. Si la oferta indica, expresa o implícitamente, que es firme o irrevocable.
2. Si establece un período fijo de tiempo para la aceptación.
3. Si existe una justificable confianza en el destinatario sobre el carácter firme de la oferta.

Las dos tesis se volvieron a encontrar en los trabajos del grupo UNCITRAL, que precedieron al art. 16 CV. Existió una fórmula propuesta por el Secretariado que describió el supuesto de irrevocabilidad, estableciéndola «si (la oferta) indica un tiempo determinado para la aceptación o de otro modo indica que es irrevocable». Con esta redacción, se aceptaba la solución que puede llamarse más germánica. Toda oferta con plazo fijo de aceptación es irrevocable por este solo hecho y existen además otras formas de posible expresión de la irrevocabilidad. Esta solución no era, sin embargo, admisible para los juristas de tradición algonajona. Y ello dio paso a la forma del art. 16 CV, donde el supuesto de irrevocabilidad se describe diciendo que existe si la oferta «indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación, otro de modo que es irrevocable». La fórmula actual, nacida del compromiso, posee una evidente ambigüedad y abre las dos variables de interpretación: el señalamiento del plazo fijo para la aceptación hace la oferta irrevocable; el señalamiento del plazo fijo para la aceptación, por sí solo, no hace la oferta irrevocable, a menos que en el señalamiento del plazo fijo se pueda encontrar una voluntad, o una objetiva declaración, del carácter firme de la oferta.

16. *La irrevocabilidad de la oferta nacida de la confianza.*— La oferta es irrevocable, aunque no haya una declaración expresa de irrevocabilidad, ni una voluntad de irrevocabilidad deducible del señalamiento de un plazo fijo para la aceptación, cuando el destinatario podía razonablemente pensar que la oferta era irrevocable y ha actuado después visiblemente fundándose en ello. Se trata de una regla contenida en el art. 16 CV, que realiza una aplicación del llamado principio de la confianza. Es una derivación de la regla de la buena fe, que rige en unas relaciones que son todavía precontractuales. Si el oferente, con sus actos, suscita en el destinatario de la oferta una fundada confianza en el carácter irrevocable de la oferta, la confianza creada en el destinatario no puede defraudarse, si el destinatario, a su vez, lleva a cabo una determinada actividad que tiene su fundamento en la oferta y en el carácter irrevocable de la misma. No se trata, por consiguiente, de una irrevocabilidad meramente tácita o derivada de actos concluyentes, sino de una norma de protección de la confianza suscitada. Para que exista confianza protegible en los términos del inciso final del art. 16

CV, es necesario que las declaraciones o los comportamientos del oferente sean idóneos para generarla, teniendo en cuenta el conjunto de la situación en que tales comportamientos se producen. Es necesario, además, que tal confianza pueda suscitarse de forma objetiva, es decir, teniendo en cuenta lo que ocurriría con personas que actuaran con una diligencia media. Por último, se requiere una actuación positiva del destinatario de la oferta, que encuentra su fundamento en tal oferta y en el carácter irrevocable de la misma. Normalmente, se tratará de una nueva contratación emprendida por el destinatario de la oferta con terceras personas o de ofertas del contrato que dirija a otros destinatarios.

Es muy expresivo el ejemplo de Honnold:

«El día 1 de mayo, un constructor pide a un suministrador que le envíe una oferta de venta de una determinada cantidad de ladrillos, explicándole que lo necesita para hacer los cálculos necesarios para, a su vez, hacer una oferta de contrato para construir un edificio. Le explica también que debe presentar tal oferta el día 1 de junio y que la apertura de las propuestas y el otorgamiento del contrato se realizará el 14 de junio. El 7 de mayo, el suministrador envía al constructor la oferta de suministro de ladrillos y el constructor la utiliza en su propuesta del contrato de obra que presenta el 1 de junio. El 10 de junio, el proveedor notifica al constructor que retira la oferta y el 15 de junio las propuestas se examinan y se otorga el contrato al constructor, el cual, seguidamente informa al suministrador que acepta la oferta de 7 de mayo».

En el citado ejemplo, dice Honnold, era razonable que el constructor considerara como irrevocable la oferta del suministrador, porque este último sabía que la iba a utilizar para llevar a cabo su propuesta de contrato y que cualquier otro tipo de oferta que no fuera en firme y con carácter irrevocable, carecería de sentido para él. Además, el constructor, actúa visiblemente fundándose en la oferta, puesto que realiza los cálculos necesarios para el futuro contrato de obra y presenta su propuesta sobre la base de los precios de los materiales contenidos en la oferta que el suministrador le ha pasado. La revocación es notoriamente contraria a la buena fe. El daño que el constructor experimentaría si tuviera que proceder a una nueva contratación de los materiales, a precios que pueden ser significativamente distintos, es un daño que no tiene por qué soportar. Podría entenderse, ciertamente, que la revocación de la oferta en un supuesto como el descrito, en el que se ha creado o suscitado la razonable confianza en su firmeza, da lugar a un supuesto de responsabilidad contractual o de culpa *in contrahendo*, de manera tal que la consecuencia a establecer en el supuesto de hecho es la de indemnización del daño a la confianza. Sin embargo, la tesis de considerar la oferta como irrevocable y, por consiguiente, celebra-

do el contrato, no obstante la posterior revocación, parece más adecuada.

17. *El rechazo de la oferta.*— El rechazo de la oferta es una declaración del destinatario de la oferta que expresa suficientemente su disentimiento respecto de ella. Puede tratarse de una declaración tácita o de actos concluyentes que manifiesten la voluntad de rechazo. Por ejemplo, el destinatario de la oferta contrata con un tercero los bienes sobre los que la oferta recaía.

La consecuencia del rechazo de la oferta es la pérdida de eficacia de ésta. Si, tras el rechazo, el autor del rechazo cambia de opinión, no podría producir ya una aceptación y su declaración se constituiría como una oferta.

La regla de que el rechazo de la oferta extingue esta última se aplica también a las ofertas irrevocables. Esta es una regla generalmente admitida en el Derecho europeo y aceptada igualmente en el Derecho anglosajón, aunque Honnold señala que algunos Tribunales en EE.UU. habían mantenido la tesis de que la oferta irrevocable atribuye a su destinatario el derecho de opción que sólo se extingue por el transcurso del plazo, de manera, que, dentro del plazo, el titular del derecho de opción podría, a pesar de una anterior declaración, cambiar de opinión. En pura dogmática, aunque la oferta irrevocable contenga un plazo y pueda de algún modo entenderse asimilada a la atribución de un derecho de opción, el rechazo constituye en todo caso una renuncia a semejante derecho de suerte que la situación creada por el rechazo o renuncia resulta inmodificable.

18. *Las demás causas de extinción o de caducidad de la oferta.*— La regla de la caducidad de la oferta por el rechazo del oferente, que tiene como finalidad asegurar la posición del oferente y permitirle emprender otras negociaciones, debe completarse con el elenco de las demás posibles causas de extinción de la oferta.

En particular, éstas pueden ser las siguientes:

- 1.º La oferta caduca si ha transcurrido el plazo fijado en ella para la aceptación y, en los casos en que no se hubiera fijado ningún plazo, por el transcurso del tiempo razonable (art. 18 CV).
- 2.º La oferta se extingue si la respuesta del destinatario contiene adiciones, limitaciones o modificaciones, puesto que, como enseguida veremos, una respuesta semejante constituye nueva oferta (contraoferta) y es considerada como rechazo de la oferta.

Las restantes causas de posible extinción de una oferta de contrato no han sido específicamente contempladas en el CV. En los trabajos preparatorios de la LUFECO y en los del grupo de la UNCITRAL, se discutió si debían preverse o no los casos de muerte, incapacidad y declaración de concurso o quiebra del oferente. Sin embargo, se adoptó

el criterio de no establecer sobre este punto ningún tipo de regulación especial.

19. *La aceptación de la oferta de contrato.*— La aceptación es aquella declaración o acto del destinatario de una oferta que manifiesta el asentimiento o conformidad con ésta. Constituye, en sentido propio, una declaración de voluntad negocial que puede realizarse de forma expresa o tácita. Su carácter primordial es la concordancia del aceptante con la oferta, que lleva implícita la voluntad de quedar vinculado contractualmente. Se plantea, de este modo, un problema de interpretación de las respuestas de la oferta, en punto a si se incorporan o no a la voluntad contractual, que es muy similar al que planteamos en su momento respecto de la oferta.

No constituyen aceptación en sentido técnico las manifestaciones realizadas por el destinatario de la oferta que no incorporen la voluntad contractual, aún cuando en ellas no haya rechazo de la oferta. No constituyen, por tanto, aceptación los meros acuses de recibo de la oferta, la expresión del interés que ella puede haber despertado en el destinatario o cualquier otra comunicación que signifique que continúa abierto el período de negociación. Como dice Farnsworth, la aceptación es el tramo final del período de formación del contrato, por lo que no puede quedar ningún portillo abierto. Para que la aceptación lo sea, no puede contener ningún tipo de condicionamiento, por lo menos en línea de principio. La declaración expresa de aceptación puede llegar al oferente por cualquier medio. Sin embargo debe entenderse que se encuentra dentro del ámbito de las facultades del oferente, determinar los medios y la forma a través de los cuales haya que aceptar la oferta. En tal caso, no podrá considerarse como aceptación aquélla que no cumpla los requisitos de forma exigidos en la oferta.

El hecho de que el oferente utilice para su oferta un determinado medio de comunicación no implica, por sí solo que para la aceptación haya de utilizarse un medio idéntico.

20. *La aceptación de la oferta.*— La aceptación de una oferta puede realizarse, si ello no está expresamente impedido por la oferta, a través de actos del destinatario que indiquen asentimiento o conformidad. Existe, en tal caso una aceptación de carácter tácito, llevada a cabo por medio de actos concluyentes.

Para que exista aceptación tácita, se requiere que los actos del destinatario de la oferta, en su consideración objetiva, signifiquen conformidad con la oferta. La determinación de qué actos pueden servir para expresar asentimiento o conformidad es una cuestión que tiene que resolverse casuísticamente. Sin embargo, en términos generales debe considerarse que son actos de aceptación tácita de una oferta los que signifiquen ejecución de la prestación contractual o preparación de la ejecución. Así, el art. 18 CV, en su apartado tercero, menciona la expedición de mercaderías y el pago del precio. Tales actos constituyen aceptación tácita, aunque no lleguen a ser realizados de una manera

completa. Hay aceptación tácita si se expide una parte de las mercaderías o se paga una parte del precio. Como actos de aceptación tácita deben considerarse los relativos a la preparación de la expedición de las mercaderías o del pago del precio (por ejemplo, la apertura de un crédito documentario).

Por regla general, la aceptación tácita no está exonerada del requisito de la comunicación, o de la llegada a conocimiento del oferente. Sólo surte sus efectos como aceptación si el asentimiento del aceptante es conocido del oferente en el plazo establecido para la aceptación. Ello no obstante, pueden existir algunos casos en que una aceptación tácita produzca sus efectos como aceptación, sin necesidad de comunicación y, por consiguiente, desde el momento de haberse producido. Esta debe ser la solución cuando la oferta haya admitido expresamente la posibilidad de una aceptación tácita; cuando entre las partes existieran anteriores prácticas en el mismo sentido; y cuando así lo determinen los usos del tráfico en la materia de que se trate.

De acuerdo con estos postulados, que parecen aceptados en el art. 18 CV, salvo que se den los supuestos de exoneración de la comunicación, es carga del aceptante comunicar, por cualquier medio, al oferente la ejecución de los actos determinantes de la aceptación tácita, de suerte que si así no lo hace, tales actos resultan ejecutados a su riesgo, porque el oferente, antes de la llegada de la indicación de asentimiento, puede todavía revocar la oferta.

21. *La tempestividad de la aceptación.*— La aceptación, para ser efectiva como tal, debe llevarse a cabo antes de que la oferta haya caducado o deba considerarse caducada por el transcurso del tiempo.

Las posibilidades que al respecto pueden presentarse parecen ser tres:

a) Si la oferta ha fijado un plazo para la aceptación, la aceptación sólo es efectiva si cumple con la mencionada condición de la oferta. No es que la aceptación tenga que emitirse dentro del plazo, sino que en dicho plazo debe llegar al oferente.

Esta regla puede abrir el problema del retraso en la comunicación de aceptación, sobre todo cuando no sea imputable al aceptante, sino al medio de comunicación elegido por él, que merece en el art. 21 CV un tratamiento especial, como luego veremos.

Por otra parte, la regla de la ineficacia de la aceptación tardía se suaviza, de acuerdo con el principio de conservación de los actos jurídicos y con las reglas de la buena fe, como veremos en su momento.

b) Si en la oferta no se había fijado ningún plazo para la aceptación, para ser tempestiva debe emitirse y llegar al oferente dentro de un plazo razonable. Por plazo razonable, debe entenderse aquél que resulte del cumplimiento de las reglas de diligencia y de buena fe. Es claro que no puede someterse al oferente a una espera indefinida, por lo que,

aun cuando el oferente no haya ni retirado ni revocado la oferta, el transcurso del tiempo le debe permitir considerarse liberado de ella.

Al mismo tiempo, el aceptante debe quedar a cubierto de las posibilidades de abuso por parte del oferente en la posibilidad de considerar la aceptación como tardía. La idea de «plazo razonable» trata de equilibrar una y otra exigencia. El art. 18 CV ofrece algunos criterios objetivos para la concreción, en cada caso, de la idea del plazo razonable. El primero es el que puede denominarse «circunstancias de la transacción»; las características de la oferta; las de la prestación que deba ejecutarse (v. gr. mercaderías perecederas); el anuncio por el oferente de la existencia de otras posibilidades de negociación y otras circunstancias similares, imponen una mayor premura. El segundo criterio es el de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Hemos señalado más arriba que el aceptante no tiene que utilizar medios de comunicación idénticos, ni similarmente rápidos. Sin embargo, si los medios de comunicación empleados por el oferente son especialmente rápidos, esta circunstancia debe valorarse para medir el plazo razonable, pues, en tal caso no existe buena fe si el destinatario utiliza medios lentos.

c) Para las ofertas de carácter verbal, la regla es que la aceptación tiene que ser inmediata, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa. El carácter inmediato significa sin demora, pero también sin solución de continuidad temporal. Naturalmente, la regla de carácter inmediato de aceptación de las ofertas verbales, no impide que la propia oferta verbal pueda, por voluntad del oferente, establecer un plazo para la aceptación o que de la oferta verbal y su objetiva interpretación pueda deducirse que la aceptación pueda quedar diferida.

Las circunstancias que rodean las negociaciones pueden conducir a esta solución. Caemmerer señala cómo pueden ser circunstancias de este tipo la evidente necesidad de que el destinatario de la oferta recabe alguna información, tome contacto con sus propios suministradores o tenga que someter la propuesta a los órganos de representación de la empresa o sociedad de que forma parte, siempre que las necesidades de información, deliberación o aprobación sean conocidas y no rechazadas por el oferente. El carácter diferido de la aceptación de las ofertas verbales puede resultar igualmente de las prácticas anteriores existentes, en contratación de las mismas características, entre las mismas partes.

Por ofertas verbales hay que entender todas aquéllas en que no existe un texto escrito de comunicación y en las que no se aplican las reglas de contratación entre las personas ausentes. La oferta es verbal si se produce entre personas que utilizan un sistema de comunicación ininterrumpido y sin intervalos de tiempo entre sus diferentes tramos. La regla de las ofertas verbales se aplica, a la comunicación entre per-



sonas presentes, a la telefónica y a cualquier otra que permita respuesta inmediata y sin comunicación ininterrumpida.

22. *La consideración del silencio y de la inactividad del destinatario de la oferta.*— El silencio y la inactividad del destinatario de la oferta, por sí solos no constituyen aceptación. Se trata de una regla perfectamente conocida y bien fundada. En términos generales, el silencio es una actitud que, claramente, no posee ninguna significación objetiva. El que guarda silencio, no declara nada y no puede decirse que callando se manifieste una voluntad negocial. En rigor, el silencio más que declaración de voluntad es omisión de declaración. A estas consideraciones, que son de corte dogmático, se puede añadir el dato de que, de acuerdo con los dictados de la buena fe, no puede atribuirse al oferente la facultad o el poder de introducir en la oferta la declaración de que considerará aceptada dicha oferta y formado el contrato, si el destinatario de la oferta no la rechaza dentro de un determinado plazo. Las anteriores reglas, que son tradicionales, se encuentran recogidas en el art. 18 CV. Se trata de un precepto que, sin embargo, no es categórico, pues establece que el silencio y la inactividad no son aceptación, «por sí solos». Indica ello claramente que pueden serlo si el silencio y la inactividad se encuadran dentro de un conjunto de hechos o de unas situaciones que permitan dotar al silencio del significado de aceptación, bien porque ésta sea la presumible voluntad del destinatario de la oferta o porque sea el objetivo significado de su comportamiento negativo.

Parece admisible un previo convenio de las partes, que sería un convenio regulador de sus relaciones precontractuales, por virtud del cual el silencio y la falta de rechazo, hayan de considerarse como aceptación. Además, los usos o prácticas particulares de las propias partes que éstas hayan establecido entre ellas en ocasiones anteriores, pueden conducir a la misma conclusión. También los usos vigentes en un determinado marco o ramo de actividad negocial, que las partes hubieran conocido o podido conocer y que, además, sean generalmente observados por personas involucradas en el mencionado ramo de negocios. Es ésta una doctrina perfectamente conocida entre nosotros, que fue establecida en la STS de 18 de octubre de 1982. Esta sentencia admitió el valor del silencio como declaración de voluntad contractual, cuando, dada la existencia entre los litigantes de anteriores relaciones contractuales, con efectos todavía vivos, lo normal era contestar aquella declaración con un expreso disentimiento, si es que ésta era la opción escogida. La sentencia señala, además, otra idea valiosa, que puede ser considerada como una concreción del principio de buena fe. No es legítimo que el destinatario de una oferta, que sabe, o debe saber, que su silencio provocará en el oferente un error de interpretación, se aproveche de ello.

23. *El requisito tradicional de la total coincidencia de la aceptación con la oferta.*— La doctrina tradicional había venido entendiend-

do que la aceptación debe coincidir con la oferta en todos sus términos. Si el aceptante, no obstante aceptar, modifica algún punto de la oferta inicial, en rigor no hay aceptación, porque los consentimientos recaen sobre materias diferentes. Lo mismo ocurre si el aceptante introduce, con su declaración de aceptación, algún elemento nuevo que en la oferta no existía. Se trata de lo que los anglosajones han llamado «la regla de la imagen en el espejo» (*the mirror image rule*). Es consecuencia de esta forma de entender las cosas que si el destinatario de la oferta acepta el contrato ofrecido, pero introduce en su comunicación un elemento nuevo o términos que suponen modificación de la propuesta, no hay verdadera aceptación, sino una nueva oferta (contraoferta). Los anglosajones señalan que se produce entonces una inversión y pasa a ser oferente el destinatario de la anterior oferta. Se habla, por ello, de «*last shot rule*» o regla de la última palabra. Por lo general, se entiende también que la contraoferta no deja vigente la oferta primitiva, sino que supone rechazo de la misma y deja sólo vigente la segunda oferta o contraoferta. Tras la contraoferta no hay posibilidad de que, revocando ésta, se acepte la oferta primitiva. La aceptación de la contraoferta por el oferente se rige por las reglas generales.

24. *La evolución moderna de las reglas del espejo y de la última palabra.*— Durany Pich, que ha estudiado la cuestión con especial detenimiento y brillantez («Sobre la necesidad de que la aceptación coincidiendo en todo con la oferta: el espejo roto», ADC 1992) ha expuesto las críticas que las reglas señaladas han recibido en la doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales en los últimos años. La primera crítica es que una inteligencia rigurosa y sin matización de la regla de la coincidencia o de la imagen en el espejo permite fundar, a veces, con quebranto de la buena fe, la pretensión de que no existe contrato perfeccionado por una no significativa falta de coincidencia. Se señala también que las citadas reglas presentan el inconveniente de otorgar excesivas ventajas a los vendedores atribuyéndoles un privilegio que se considera gratuito e inmerecido en detrimento de los compradores. Finalmente, las reglas del espejo y de la última palabra han dado lugar a especiales complicaciones en los casos, muy frecuentes, de contratación mediante formularios, que las partes se remiten, muchas veces sin clara conciencia de la discrepancia que se produce entre ellas. Se abre así, la llamada batalla de los formularios (*battle of forms*). A todo ello se puede añadir el supuesto, no especialmente anómalo, en que las prestaciones, no obstante, la discrepancia entre los formularios, hayan quedado total o parcialmente cumplidas. En estos casos, entender que las prestaciones ejecutadas carecen de base contractual, traslada las cosas al terreno de lo absurdo.

Todas estas razones han producido una notable evolución en la jurisprudencia en los países europeos y en el Derecho norteamericano, que, Durany Dich ha comentado con detalle. Esta evolución es muy notable desde finales de los años 70. En el caso de *Bütler Machine Toll v. Ex-Cell-Corporation England, Ltd.*, se había producido un envío de

dos formularios, con discrepancias entre ellos, aunque ambos habían sido recíprocamente aceptados y existía además un principio de ejecución del contrato. Lord Denning propuso distinguir entre el fenómeno estricto de la formación del contrato y la determinación de su contenido. El contrato queda formado si las partes se han puesto de acuerdo en aspectos sustanciales, aunque existan otros respecto de los cuales se han producido divergencias. Para la determinación del contenido del contrato, que se considera formado, pueden utilizarse varias vías. La primera es la tradicional de considerar que es el último formulario o la última oferta o contraoferta la que dota de contenido al contrato, si ha sido aceptada tácitamente por la otra parte al dar comienzo a la ejecución del contrato. Si existen diferencias en los elementos esenciales (p. ej.: en materia de precio), se considera que los términos que deben prevalecer son los de oferta primitiva. Por último, en el caso de que los formularios difieran, aunque sin afectar a los elementos esenciales, el contenido contractual debe construirse sobre los dos conjuntos, si de esta forma es posible conseguir un resultado armonioso. En otro caso, el contenido del contrato hay que integrarlo recurriendo a las vías de integración generales (la buena fe, los usos y el derecho legal dispositivo). En Alemania una cierta ruptura de las reglas tradicionales se había producido ya en una sentencia de 26 de septiembre de 1935. En un caso en que existía una contraoferta, no aceptada expresamente, pero con prestaciones contractuales ejecutadas y recibidas sin objeción, se entendió que la relación contractual debía considerarse formada; que el párrafo 150, II, del BGB se debe aplicar en clave de buena fe y que el hecho de que las partes hubieran demostrado con sus actos un desacuerdo sobre algunos términos del contrato, no había impedido la formación de éste.

La evolución de toda esta materia experimentada en los últimos tiempos se encuentra muy influida por el Derecho norteamericano que, en el llamado «*Restatement of contracts*», había recogido una serie de reglas que ahora aparecen plasmadas en el Código de Comercio uniforme. En este último texto, son muy significativas tres reglas que aparecen en el art. 2.207 y cuyo sentido es el siguiente:

a) Se considera como aceptación de un contrato una definitiva y tempestiva expresión de asentimiento o conformidad escrita que se envíe en un tiempo razonable, aunque en ella existan términos adicionales o diferentes de la oferta, con la única excepción de que hayan quedado sujetos a un asentimiento del oferente sobre los citados términos adicionales o diferentes.

b) Los referidos elementos adicionales deben interpretarse como propuestas de adición al contrato, pero, entre comerciantes, estos nuevos elementos adicionales pasan a formar parte del contrato, salvo que concurran algunas de las consecuencias siguientes:

1.<sup>a</sup>) Que la oferta expresamente hubiera limitado la aceptación a los términos en que la oferta estuviera concebida.

2.<sup>a</sup>) Que los elementos adicionales modifiquen sustancialmente la oferta.

3.<sup>a</sup>) Que el oferente formule una objeción a los referidos elementos adicionales dentro de un período de tiempo razonable tras su recepción.

c) La conducta llevada a cabo por ambas partes, que signifique reconocimiento de la existencia de un contrato, es suficiente para que el contrato (de compraventa) quede establecido entre ellas, aunque las declaraciones escritas de las partes no lo hubieran perfeccionado. En este caso, el contenido del contrato queda formado por aquella parte de los términos de las declaraciones de los contratantes, en que éstos sean coincidentes, y por las demás reglas complementarias o supletorias derivadas de las disposiciones de la ley.

Todo ello parece conducir con claridad a una línea legal y jurisprudencial de favorecimiento de la formación del contrato y de creación entre las partes de una relación contractual, aunque hayan existido divergencias entre sus declaraciones o entre los documentos escritos que se hayan intercambiado. Es claro que, al adoptar esta solución, se dejan en la penumbra los posibles prejuicios dogmáticos sobre la pureza de la voluntad contractual y se buscan soluciones que parezcan más justas, que evitan mejor el riesgo de abusos y que, de acuerdo con los dictados de la buena fe, tutelan mejor la confianza razonable suscitada.

Esta línea de pensamiento ha influido decisivamente en el art. 19 CV, que facilita la formación del contrato, cuando la respuesta del destinatario de la oferta, que pretende ser aceptación, contiene adiciones o modificaciones a la oferta. Al delimitar el supuesto de hecho, el precepto dice, literalmente, que ha de producirse una respuesta a la oferta, «que pretenda ser una aceptación». Ha de existir, por ello, una declaración del destinatario de la oferta en que se manifieste una voluntad de vinculación, que sea una voluntad contractual. Quedan, por consiguiente, fuera del ámbito de aplicación del precepto las respuestas que, aún considerando aceptable en principio o interesante la oferta, pretenden continuar el período de negociación.

La segunda puntualización del supuesto de hecho es que en la respuesta de aceptación se contengan modificaciones o adiciones. Se trata, pues, de supuestos en los que los elementos contractuales ya fijados en la oferta, reciben un contenido diferente o se introducen nuevas reglas contractuales sobre los puntos o materias no cubiertos en la oferta. De todo lo hasta aquí dicho parece decirse que el precepto no se aplica en los siguientes casos:

1.<sup>o</sup> Cuando el aceptante pida un expreso asentimiento del oferente sobre las modificaciones o adiciones por él introducidas, como señala expresamente el art. 2.207 del UCC.

2.<sup>o</sup> Cuando las posibles adiciones se encuentran expresamente admitidas por la oferta.

3.º Cuando se encuentra admitida de modo implícito en virtud de las prácticas existentes entre las partes.

4.º Cuando la aceptación se produce en firme y las adiciones o modificaciones se presentan como sugerencias que el aceptante realiza al oferente, pero sin condicionar a ellas la formación del contrato, porque, en este caso, hay sólo propuestas de modificación o novación de un contrato ya formado.

Kaemmerer señala, además, que las divergencias o desviaciones entre la aceptación y la oferta deben ser materiales o de fondo, por lo que no nos encontramos en el caso que ahora se estudia, cuando en el tráfico internacional existen divergencias lingüísticas de traducción, de carácter aparente, que encubren un real cruce de consentimiento.

El problema inverso es el de la conformidad aparente con divergencias de fondo, que parece que debe seguir las reglas del error observativo.

25. *La distinción entre desviaciones sustanciales o no sustanciales de la oferta.*— El centro de gravedad de la aplicación de las reglas sobre formación del contrato, no obstante, las divergencias, se encuentra en la consideración de las desviaciones como sustanciales o no sustanciales. La separación entre el carácter sustancial o no sustancial, es por completo independiente de las construcciones dogmáticas sobre los llamados elementos esenciales de un negocio o un tipo contractual. Para definir la sustancialidad puede seguirse una vía subjetiva y otra objetiva: en el primer sentido, el carácter sustancial lo determina la voluntad de las partes, expresa o implícita; en el segundo, lo decisivo es la trascendencia de los elementos o cláusulas divergentes en relación con la economía del contrato y con la diferencia de onerosidad que genere.

El art. 19 CV ha seguido una vía intermedia, llevando a cabo primero una enunciación e introduciendo después una fórmula de carácter general. Según el apartado tercero del art. 19, se considera que alteran sustancialmente la oferta, las modificaciones o adiciones que se refieran al precio, al pago, a la calidad y cantidad de las mercaderías, al lugar y a la fecha de entrega, al grado de responsabilidad de las partes y a la solución de las controversias. Sin embargo, la enumeración no es cerrada o exhaustiva. En la traducción española (BOE 30-1-1991) se dice que se consideran como modificaciones sustanciales «en particular» las citadas. Más clara es la versión inglesa, en la que, la enumeración casuística se sitúa bajo la frase «entre otras cosas».

Los comentaristas parecen concordes en que el art. 19.3 CV posee un valor presuntivo e interpretativo de las declaraciones de voluntad de las partes. Refuerza esta idea el texto del grupo de trabajo de Uncitral, en que la única excepción a la consideración del carácter sustancial de cualquier desviación era el hecho de que «el destinatario de la oferta, por virtud de la propia oferta o de las circunstancias, tuviera suficientes

razones para creer que sus manifestaciones eran aceptables para el oferente». La supresión de este inciso, en el texto del Convenio, no obedeció a la idea de dotar de carácter imperativo a todo el art. 19.3, porque ello resultaría completamente contrario al espíritu del Convenio, articulado en función del principio de conservación del contrato y de facilitación de su formación. Puede, por consiguiente, establecerse que los elementos mencionados en el art. 19.3 pueden perder su presuntivo carácter sustancial, si ello resulta de las particulares circunstancias del caso. Y, por la misma razón, elementos o circunstancias no incluidos en el art. 19.3, pueden tener carácter sustancial si las circunstancias así lo determinan. Por ejemplo, la existencia de garantías o las modalidades de documentación de la obligación o del pago del precio o la inserción de cláusulas penales. Kaemmerer señala el carácter sustancial que puede revestir la forma de embalaje y transporte de la mercancía (p. ej.: porque son necesarias instalaciones frigoríficas). En el mismo sentido, Farnsworth apunta que, aunque el art. 19.3 menciona las indicaciones del tiempo y lugar de entrega como sustanciales, en determinadas circunstancias pueden no serlo. El autor citado pone el ejemplo de una oferta que diga «CIF vapor X» y que el aceptante haya dicho «CIF vapor Y». La desviación no es esencial si ambos buques son casi gemelos, y no hay gran distancia entre las fechas de sus viajes.

Cuando la respuesta a la oferta contiene desviaciones respecto de ésta, que hayan de calificarse como esenciales, según las reglas antes examinadas, se aplica el principio de que la respuesta de la oferta constituye contraoferta, sujeta a la posibilidad de aceptación del primitivo oferente y es, asimismo, rechazo de la oferta primitiva.

En cambio, cuando la desviación de la oferta contenida en la respuesta carece de la condición de esencialidad, las reglas de la buena fe colocan al oferente ante la carga de definir su propia situación. El oferente puede formular una objeción y, si lo hace así, ello determina un rechazo de las modificaciones o desviaciones, pero, por sí solo, nada más. No hay aceptación y el contrato no se encuentra todavía formado. La objeción del oferente a las desviaciones o modificaciones no cambia la calificación de la respuesta del destinatario de la oferta. Por consiguiente, no transforma dicha respuesta en rechazo de la oferta. Y tampoco constituye revocación o caducidad de la oferta. Salvo que, con la objeción, se manifieste expresamente una voluntad revocatoria, el destinatario de la oferta puede todavía aceptarla, renunciando a las modificaciones por él introducidas o pretendidas. La objeción del oferente a las desviaciones de la respuesta puede realizarse verbalmente o por escrito. Por regla general, se considera necesaria una objeción verbal cuando las desviaciones a la oferta han sido introducidas en un proceso de comunicación abierto y sin intervalo temporal, que, según los medios técnicos empleados, lo permita. La objeción del oferente a las desviaciones de la respuesta debe realizarse sin demora injustificada. Es injustificado el retraso cuando exista culpa del oferente o cuando

haya obedecido a circunstancias que le sean imputables por encontrarse bajo su control. De este modo, el oferente tiene la carga de actuar de forma diligente y soportar el riesgo de que su objeción sea rechazada.

La falta de formalización de objeción por el oferente y la llegada de tales objeciones al destinatario de la oferta, de manera injustamente retrasada, determinan que, por virtud de los principios de la buena fe y de la autorresponsabilidad, el contrato deba considerarse formado. En este caso, el contenido contractual queda constituido por las reglas que hubieran quedado incorporadas a la oferta con las modificaciones o desviaciones introducidas por el aceptante.

26. *El tratamiento de las aceptaciones tardías.*— Como señala Audit, con carácter general deben seguirse las reglas relativas a la tempestividad de la aceptación que han sido examinadas anteriormente. La respuesta de la oferta no es aceptación, si la indicación de asentimiento del destinatario de la oferta, llega al oferente una vez transcurrido el plazo que éste hubiera fijado para la aceptación y, si no hubiera fijado ninguno, dentro de un tiempo razonable. En este sentido, el art. 18 CV establece «una regla de caducidad de la oferta por el transcurso del tiempo, que puede ser expiración del plazo fijado por el oferente o transcurso del tiempo razonable». La consecuencia necesaria de ello es que cualquier aceptación que llegue al oferente con posterioridad al momento anteriormente citado, no es aceptación eficaz y no permite considerar formado el contrato. En el mejor de los casos tendría que ser considerada como una contraoferta susceptible de una nueva aceptación por el primitivo oferente. Sin embargo, no puede olvidarse que la regla de caducidad de la oferta está establecida en interés del oferente, de manera que puede constituir una facultad del oferente —o un derecho potestativo suyo— admitir la posibilidad de que mediante una declaración de voluntad, acepte la efectividad de la aceptación tardía. Es claro que una regla con este sentido opera en favor de la formación del contrato, puesto que lo facilita, pero es igualmente claro que tiene que adoptarse con algunas cautelas, porque, como se ha dicho, permite especiales actividades especulativas del oferente, cuando éste retrasa su asentimiento a la aceptación tardía en espera de mejores oportunidades de negocios. Puede ocurrir también lo contrario. Cuando el mercado está funcionando contra él, hacer efectiva una aceptación tardía, puede resultar muy favorable para él y perjudicial para el aceptante. Por ello, una regla de efectividad de las aceptaciones tardías debe preservar los intereses de las dos partes. Aún cuando, como hemos dicho, la regla de la caducidad se encuentra establecida en el interés del oferente, el interés del aceptante también debe quedar resguardado. Si él ha conocido, como es de suponer, el carácter tardío de su propia aceptación y no ha recibido en plazo inmediato ninguna comunicación del oferente, en ningún sentido, puede legítimamente considerar que su aceptación no ha sido efectiva, que está liberado de todo vínculo y, como consecuencia de ello, establecer otros negocios diferentes. Las



cosas oscilan, pues, entre un principio de posible formación del contrato por asentimiento a la aceptación pese a su carácter tardío y normas que protejan convenientemente los intereses de ambas partes. La regla de la efectividad de la aceptación tardía por medio de una comunicación rápida del oferente se encontraba ya establecida en el art. 9 LUFDO y el art. 21 CV la ha recogido. Según dicho precepto, «la aceptación tardía surtirá, sin embargo, efectos como aceptación si el oferente sin demora informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido». De este modo, a pesar del carácter tardío de la aceptación, el contrato se puede considerar formado si hay un acto de aprobación o de conformidad del oferente que el art. 21 CV califica como una «información», aunque está claro que es un acto de voluntad del oferente. No se trata de aceptación de una contraoferta, sino que es un acto que dota de efectividad a la aceptación pese a su carácter tardío. Esta distinción tiene alguna importancia en orden a la determinación del momento en el que el contrato debe considerarse formado, porque, como señalan la mayor parte de los comentaristas, al dotarse de efectividad a una aceptación tardía, el contrato no queda formado cuando se remite o se recibe esta declaración de conformidad, sino con la llegada de la aceptación, de manera que la aprobación posee, si se quiere, un cierto carácter retroactivo.

La aprobación o conformidad del oferente a la aceptación tardía puede realizarse verbalmente o a través de medios de comunicación escritos, cualquiera que sea el medio que se utilice. Debe realizarse sin demora, lo que significa sin retraso imputable al oferente y a través de medios de comunicación que faciliten la rapidez de la transmisión. Si la aprobación de la aceptación tardía fue a su vez tardía, se encontraría justificado que el aceptante pudiera rechazar la formación del contrato.

27. *La aceptación tardía por retraso imputable a los medios de comunicación.*— Es un tema que seguramente por su importancia práctica y por haber planteado problemas prácticos, aparece regulado en el art. 21 CV, que contempla el supuesto de que la aceptación se haya producido tardíamente y el aceptante haya perdido la oportunidad de llevar a cabo la formación de un contrato, cuando este hecho haya sido causado por defectos en los sistemas de comunicación que no le sean imputables por haber quedado por completo fuera de su control. Se trata, además, de un supuesto de hecho en el cual se pueda establecer que, en condiciones normales, la comunicación de aceptación habría llegado al oferente a su debido tiempo, de manera que el aceptante podía razonablemente confiar, dado el lapso de tiempo entre la emisión de aceptación y su normal llegada, que aquélla hubiera adquirido carácter tempestivo. En este caso, las circunstancias aconsejan preferir la protección del aceptante no culpable del retraso en la llegada de la

aceptación, y sustituir la regla de la efectividad de la aceptación tardía por conformidad del oferente, por la regla inversa, es decir, considerar formado el contrato, salvo que se produzca una expresa disconformidad del oferente. Las causas de un retraso imputable a los medios de transmisión son de muy diferentes tipos, (p. ej.: errores de servicio de distribución de correspondencia y huelgas de personal). Para que la regla funcione se requiere la reconocibilidad para el oferente del carácter imputable a los medios de comunicación en la llegada tardía de la aceptación.. El art. 21 CV exige que la reconocibilidad de las causas de la llegada fuera de tiempo estén contenidas y puedan demostrarse a través de la propia carta o escrito, aunque no impide que la reconocibilidad resulte de hechos notorios o de general conocimiento (p. ej.: huelgas del personal de correos) cuando se han producido en el mismo país del oferente.

Si se reúnen todas las condiciones antes mencionadas —retraso, llegada tardía de la aceptación por causas imputables sólo a los medios de transmisión y carácter reconocible de esta circunstancia para el oferente—, la aceptación tardía es efectiva como aceptación desde el momento de su llegada, pero al oferente se le protege otorgándole la posibilidad de producir una disconformidad.



# La nulidad de los préstamos usurarios

MANUEL ALBALADEJO  
Catedrático de Derecho civil

**SUMARIO:** I. Planteamiento y razones indiscutibles a favor de la nulidad absoluta.— II. La rechazable opinión de que no es nulo absolutamente el préstamo porque la ley no lo dispone así.— III. La doctrina imprecisa o a favor de la anulabilidad. Razones contra ésta.— IV. La doctrina a favor de la nulidad con todas sus consecuencias.— V. Además de por contra ley, el préstamo usurario es nulo por tener causa ilícita.— VI. Dos observaciones antes de entrar en el examen de la jurisprudencia.— VII. La jurisprudencia a favor de la nulidad absoluta.— VIII. Las sentencias que acogen la anulabilidad o no acogen los efectos de la nulidad absoluta o proclaman la especialidad del caso del préstamo usurario.— IX. De cómo la jurisprudencia vista realmente no apoya la anulabilidad del contrato, sino su nulidad, pero con obligación de restituir.— X. Siendo nulo, el préstamo usurario no admite fianza o aseguramiento válidos ni novación ni confirmación, ni queda purificado por cumplimiento ni es prescriptible la acción declarativa de nulidad, si bien existiendo la obligación de restitución que ocasiona la nulidad, ella sí admite válidamente lo anterior y es prescriptible.— XI. La acción de nulidad y la de restitución.— XII. Los efectos de la nulidad.— XIII. La que creo mejor solución para el préstamo usurario.— XIV. Conclusión.

## I. PLANTEAMIENTO Y RAZONES INDISCUTIBLES A FAVOR DE LA NULIDAD ABSOLUTA

Parece que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina no hay acuerdo ni sobre la clase de invalidez que padecen los préstamos usurarios o leoninos (en adelante, por brevedad, hablo sólo de usurarios, sobrentendiéndose también leoninos, ya que la sanción es igual para ambos) ni sobre otros extremos de los mismos.

Voy a ocuparme del tema aquí, previo examen del estado de la cuestión. Pero desde ahora adelanto mi opinión, formada en el estudio

que he hecho del asunto antes de comenzar la redacción de este trabajo, de que se trata de un contrato, no anulable, sino nulo radicalmente, por ir contra ley prohibitiva (la de 23 de julio de 1908) en la que para el caso de contravención no se establece consecuencia distinta de la nulidad (C.c., art. 6,3).

En efecto, ciertamente los préstamos usurarios los prohíbe la Ley de represión de la usura de 23 de julio de 1908 (llamada también Ley de Usura o Ley Azcárate, por haber procedido del diputado Gumersindo Azcárate, mediante la presentación en el Congreso de una proposición de ley, la iniciativa para promoverla, no, como dice alguno, porque fuera Azcárate el Ministro de Gracia y Justicia bajo el que se dictó la ley, (que éste lo fue D. Juan Armada Losada) estableciendo que «serán nulos» (art. 1). Ahora bien, dejemos de lado el término «nulo» que utiliza la ley, puesto que por la escasa precisión terminológica de nuestro Derecho en el tema, sería temerario basar en él que el espíritu del precepto fuese de *nulidad* rigurosamente hablando, y no de anulabilidad. Pero aun así quedan tres cosas claras: primera, que hay una norma que prohíbe la usura; segunda, que en tal norma no se establece para caso de contravención efecto distinto de la nulidad; y la tercera, que entonces debe de aplicarse la nulidad de pleno derecho que dispone el art. 6,3, para los actos contrarios a normas prohibitivas que no establezcan efecto distinto para caso de contravención.

## II. LA RECHAZABLE OPINIÓN DE QUE NO ES NULO ABSOLUTAMENTE EL PRÉSTAMO PORQUE LA LEY NO LO DISPONE ASÍ

Eso es tan claro como la luz del día, por lo que sorprende que algunos autores (1) digan que el préstamo usurario no es nulo radicalmente porque la ley no lo declara así. Cierto es que no lo declara así (dejando de lado que la palabra que use sea «nulo»), pero es que, como hemos visto, no tiene que declararlo, porque para ser nulo de pleno Derecho basta que el acto sea contrario a ley prohibitiva y que ésta no disponga que no sea nulo.

## III. LA DOCTRINA IMPRECISA O A FAVOR DE LA ANULABILIDAD

De la doctrina, mucha no aborda el tema, y la que lo hace, no es uniforme. Y aun más, a veces realiza un estudio del asunto, en el que,

---

(1) Como Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, 6.<sup>a</sup> ed., 1990, p. 463; y DE ANGEL, *Comentario del C.c.* del Ministerio de Justicia, II, 1991, p. 1631.

aunque frecuentemente utiliza el término «nulo» para referirse al préstamo, sin embargo, luego se limita a recoger sin más análisis ni crítica sentencias contradictorias, al menos en apariencia, recaídas sobre el particular (2).

Algunos autores dicen, o se deduce de lo que dicen, que estiman que es anulable, aunque por seguir la terminología legal hablen de «nulo» (3). Lo que en mi opinión no puede admitirse por tres razones: 1.<sup>a</sup> Porque, como se acaba de ver, la sanción del art. 6,3, es de nulidad, no de anulabilidad para el caso de infracción de prohibición que no establezca sanción distinta de la nulidad. 2.<sup>a</sup> Porque la gravedad del hecho que se castiga, que hasta puede ser delito, pide la nulidad, no la simple anulabilidad. 3.<sup>a</sup> Porque es que la infracción por la que el préstamo usurario se declara nulo, no es del tipo de vicios para el que el art. 1301 C.c., decreta la anulabilidad.

#### IV. LA DOCTRINA A FAVOR DE LA NULIDAD CON TODAS SUS CONSECUENCIAS

Entre los defensores más puros de la nulidad estamos MANRESA-TELLEZ (4), GETE-ALONSO (5), HINOJOSA (6), BLASCO GASCO (6 bis) y yo mismo —ya antes de ahora— (7), que entendiendo, por un lado, que la Ley de Usura establece la nulidad, y, por otro, entendiendo también ésta como verdaderamente es, hemos de llegar a la consecuencia de que el préstamo usurario carece por completo de su eficacia *contractual*, de modo que *como contrato* ni obliga en absoluto a las partes,

---

(2) Así SANCHO REBULLIDA en LACRUZ, *Elementos*, II, 1.<sup>o</sup>, 2.<sup>a</sup> ed., 1985, p. 161; SANTOS BRIZ, *Derecho civil*, IV, 1975, pp. 303 y 304; CASTÁN, *Derecho civil*, IV, 15.<sup>a</sup> ed., 1993, pp. 460 y 461; PUIG BRUTAU, *Compendio*, II, 1987, p. 471; MARÍN PÉREZ, en *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, dirigidos por mí, XXII, 1.<sup>o</sup>, 1982, pp. 138 y 139.

(3) Así los vistos en la nota 1 y, además, GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, 1972, p. 247; SABATER, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, 1986, p. 161; VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, 1933, pp. 122 y ss.; BECEÑA, *El interés del capital y la Ley Azcárate contra la usura*, s.f., p. 83; NAVARRO VILARROCHA, *Los contratos usurarios en nuestro Ordenamiento civil*, en RGD, 1973, p. 382.

(4) *Comentarios al C.c.*, XI, 5.<sup>a</sup> ed., 1950, pp. 646 y 647. Le sigue FERNANDO VIZCARRO, *El préstamo usurario*, 1963, pp. 119 y ss., aunque al final no adopta todas las consecuencias coherentes.

(5) En anotaciones a la trad. esp. del *Tratado* de Enneccerus, I, 2, 2.<sup>a</sup> parte, 3.<sup>a</sup> ed., 1981, pp. 652 y 653.

(6) *Sobre la imprescriptibilidad de la acción nacida de los préstamos usurarios*, en R.D.P., 1934, pp. 242 y ss.

(6 bis) En Varios autores, Valpuesta coordinadora, *Derecho de obligaciones y contratos*, 1994, p. 714.

(7) V. mi *Derecho civil*, II, 1.<sup>o</sup>, 9.<sup>a</sup> ed., 1994, pp. 336 y 337.

ni es confirmable, ni su invalidez se borra o convalida por el paso del tiempo o es prescriptible, sino que es perpetua y puede ser pedida por cualquier interesado en el momento que sea con acción puramente declarativa que persigue, no anular un contrato que existía, aunque claudicantemente, sino constatar que no había contrato alguno que valiese, aunque pudiese existir una apariencia del mismo.

#### V. ADEMÁS DE POR CONTRA LEY, EL PRÉSTAMO USURARIO ES NULO POR TENER CAUSA ILÍCITA

Yo, como ya he dicho, pienso que el préstamo usurario es nulo de pleno derecho por ser acto contra ley prohibitiva. Pero aun si no fuera así, en virtud del art. 6,3, lo sería por razón del 1.275, según el que «Los contratos ... con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral». Y no cabe duda de que a tenor de la Ley de 23 de julio de 1908, la causa del préstamo usurario que es pagar interés excesivo por conseguir la disponibilidad de la suma prestada, es una causa ilícita (7 bis) y por eso prohíbe la ley tal contrato.

#### VI. DOS OBSERVACIONES ANTES DE ENTRAR EN EL EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA

Examinaré después la jurisprudencia sobre el tema nulidad-anulabilidad del préstamo usurario, pero antes quiero hacer dos observaciones:

Una, que parto de que se trate de caso en que el interés sea usurario, sin entrar en más examen de cuándo lo sea, aunque verdaderamente ahondando podrían surgir muchas dudas sobre el art. 1 de la Ley de Usura. Principalmente la de que si bien ciertamente es usurario el préstamo con un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso (así el mayor o menor riesgo de no cobrar, o el mayor o menor beneficio que del préstamo sacará el prestatario), sin embargo, en cuanto al concertado en condiciones tales que resulte leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, parece que —aparte de que ello pueda suponer un vicio de la voluntad— será preciso que el préstamo resulte también con un interés o

---

(7 bis) Así Sentencias como las de 21 de octubre de 1911, 14 de junio de 1920, 9 de enero de 1933, 18 de junio y 17 de diciembre de 1945, 13 de mayo de 1961 y 14 de abril de 1966.

*notablemente* superior o al menos superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, pues si el interés no es exagerado sino corriente, no se ve cómo pueda ser usurario, aunque sin embargo el contrato quepa impugnarlo por el vicio de la voluntad a que pueda haber dado causa la situación angustiosa, la inexperiencia o lo limitado de las facultades mentales del prestatario (8). Con lo que tendríamos ser préstamo usurario el con interés *notablemente* superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; serlo también el con interés que es, por lo menos, superior al normal, aunque no lo sea notablemente, y desproporcionado con las circunstancias, conseguido por situación angustiosa, inexperiencia o limitadas facultades mentales; y no ser usurario el interés normal, por más que si el contrato se consiguió por vicio de la voluntad generado por aquellas situaciones, sea impugnable. Eso por lo que toca a la cuantía del interés, que si lo que pasa es que se está ante un contrato en que se ha hecho constar como recibida una cantidad mayor que la verdaderamente entregada, a pesar de que el párrafo 2.º del art. 1 de la Ley de Usura diga que será nulo «cualesquiera que sean su entidad y circunstancias», se hace difícil entender que su espíritu encierre el sentido literal, de modo que alcance incluso al insólito caso de que el interés ni siquiera sea excesivo para el capital que verdaderamente se prestó, capital mayor que se hubiese hecho fi-

---

(8) La idea de ser el préstamo usuario un préstamo arrancado a prestatario que padece vicio de la voluntad aparece ya en la Exposición que precede a la proposición de ley que de lugar a la Ley de Usura, cuando se dice que «la doctrina en que se inspiran esas leyes [las que la proposición de la nuestra aspiraba a recoger] es una aplicación de la general referente a las circunstancias que vician el consentimiento...», y cuando se señala que la proposición se inspira en el art. 1.265 del C.c. (ver esos pasajes de la Exposición en PALOMO, *La ley contra la usura*, 1908, pp. 38 y 39) y vuelve a aparecer en la discusión parlamentaria de la Ley de Usura. Azcárate en defensa de su proposición de Ley en el Congreso dijo que «a lo que se aspira es a declarar la nulidad de aquellos contratos de préstamo que, por las condiciones en que se han llevado a cabo, implican una falta real y positiva de consentimiento. esto es, un vicio en el fondo...» (ver la discusión parlamentaria, recogida en PALOMO, *ob. cit.*, para el pasaje presente, p. 62). Vuelve la idea del vicio a ser recogida después. Así, por algunas sentencias como las de 4 de octubre de 1911 (pues el préstamo usurario para el legislador se lleva «a efecto en términos que implican una falta real y positiva de consentimiento, un vicio en el fondo») y 10 de junio de 1940, y por algún autor, por ejemplo, por BECEÑA cuando dice que: «Es pues el art. 1.º de la ley contra la usura un nuevo caso de nulidad o, mejor aún, la aplicación al caso concreto del préstamo hecho en determinadas condiciones, de los principios generales que sobre la nulidad por falta de consentimiento están ya en nuestra legislación. La novedad está en admitir al lado de la violencia y del dolo ciertos estados individuales que producen una auto-coacción, una necesidad casi fisiológica de aceptar lo que pueda encontrarse y en las condiciones en que quieran darlo, y de la que la astucia se aprovecha para obtener ganancias inmoderadas». (BECEÑA, *El interés del capital y la Ley Azcárate contra la usura*, s.f., p. 83).

Pero la verdad es que estuvieron desafortunados los legisladores de 1908 si es que pensaron hacer una ley en la que simplemente se especificase un caso de anulabilidad por vicio, pues ni por asomo es de verdad eso lo que dice el art. 1 de la Ley, ni ha sido tomada en ese sentido por el conjunto de la jurisprudencia recaída sobre el tema.



gurar por razones distintas a la usura (9). En cuyo caso quizás aparece como más razonable, estimar simulación en la suma prestada, pero admitir la suma disimulada por su valor real, aunque mientras que todo ello no se demuestre se haya de estimar usurario el préstamo en el que figure cifra mayor a la prestada. De cualquier modo, de todos los extremos expuestos no deseo ocuparme aquí ni recoger lo que sobre ellos puedan decir doctrina y jurisprudencia, como he afirmado al principio, parto simplemente de ser usurario el contrato que sea.

La otra observación es la de que sin duda ha mermado la antigua abundancia de jurisprudencia sobre el tema (en los años 90, todavía ninguna sentencia, en los 80 y 70 sólo alguna en cada uno). Lo que pienso se debe a una doble causa; por un lado, la de que hoy sean habituales intereses tan altos que casi no dejan sitio para que los haya *notablemente* superiores, con lo que queda poco lugar para la usura, o más exactamente para la usura castigada, por otro lado, a que con la inflación que padecemos no puede menos de estimarse que el *aumento* de los denominados intereses encierra realmente, aunque se le llame interés, un porcentaje que es simplemente el de la pérdida calculada de poder adquisitivo de la moneda para cada período de devengo de intereses. De cualquier modo, aunque disminuida actualmente la jurisprudencia, sigue habiéndola, porque sigue habiendo préstamos que superan la cifra de inflación y la del precio normal del dinero juntos.

## VII. LA JURISPRUDENCIA A FAVOR DE LA NULIDAD ABSOLUTA

En varias ocasiones el T.S. ha proclamado la nulidad absoluta del préstamo usurario, y aplicado rigurosamente las correspondientes consecuencias. Así en los casos juzgados por las sentencias de 14 de junio de 1920, 9 de enero de 1933, 6 de abril de 1963, 14 de abril de 1966 y 30 de diciembre de 1987.

En la de 1920 se dice que el préstamo usurario es «nulo» haciendo algunas consideraciones sobre el tema. En la de 1963 se afirma que en el caso del préstamo usurario «la nulidad radical se impone». En la de 1966 se insiste en tratarse de «nulidad absoluta». En la de 1987 se declara contundentemente que «la nulidad de los contratos a que se refiere el art. 1 de la Ley de 1908, es la radical, por lo que, a diferencia de lo que acontece con la anulabilidad y puesto que en la indicada norma no se señalan otros efectos (art. 6,1, del C.c.) no admite convalidación sanatoria en cuanto queda fuera de la *disponibilidad de las partes*».

---

(9) Con ser insólito y todo, el caso se ha dado. Es el de la sentencia de 18 de marzo de 1964, en el que se figuró entregada la suma de 390.000 ptas. en vez de 384.236,45 pts. que era la verdad, aunque las 5.763,55 pts. restantes correspondían a los intereses del trimestre. Pues bien, pasmosamente el T.S. anuló el préstamo.

Pero fue en la de 1933 donde el T.S. se explayó más al ocuparse del asunto largamente en varios considerandos que remachan hasta el infinito la «nulidad fundamental» —como dice— del préstamo usurario. Sostiene, en efecto, la sentencia que «esta especie contractual es de tipo patológico por ilicitud objetiva de la causa, toda vez que la transacción económica operada entre prestamista y mutuuario reconoce una génesis ilegal e inmoral, que no vincula a los contrayentes a los efectos normales del negocio jurídico intentado, por lo que éste deviene fundamentalmente nulo, y, por lo tanto, inefectual e insubsistente, a estímulos de la declaración general insita en el artículo cuarto del Código civil, concretamente recogida, por lo que afecta a la doctrina sobre obligaciones y contratos, en el art. 1.275 del referido Cuerpo legislativo, al establecer que «los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno, y es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral», y categóricamente impuesta la sanción de nulidad en la Ley Azcárate: —Considerando que privado en absoluto de efectos jurídicos el negocio ilícito de préstamo usurario, salvo los previstos en el artículo tercero de la ley especial citada, tocante a la devolución de la suma recibida, se traduce por lo demás en un fenómeno intrascendente e inerte con relación a las consecuencias regulares que suelen asumir los negocios válidos de análoga estructura, pero de contenido real; y estando maculado el de usura con vicio de nulidad radical, absoluta y originaria, resulta írrito e infecto, equivalente e increado: no admite desarrollo gradual en vía solutoria, toda vez que hállase regido por el principio *nulla actio, nulla soluti conditio*; ni de convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni opera tampoco la prescripción extintiva ordinaria frente a acciones declarativas de negocios inexistentes, acciones que son susceptibles de ejercitarse *in perpetuo*, por su especial característica: —Considerando que la acción de nulidad concedida por el art. 1.301 del Código civil se da solamente contra los contratos en que concurren todos los requisitos del art. 1.261, pero no frente a aquéllos que fueren fundamentalmente nulos, como el que ahora se examina, ya que aparece bien clara y manifiesta la diferencia conceptual y léxica de los preceptos que regulan ambas instituciones, según se desprende de los textos mismos donde encajan respectivamente una y otra figura normal; pues si respecto a las convenciones con causa ilícita dice el art. 1.275, antes examinado, que *no producen efecto alguno*, y de manera análoga se expresa el 1.271 en su tercer párrafo, al tratar del objeto contractual, el artículo 1.300, por el contrario, señala que *pueden ser anulados* los meramente viciados en el consentimiento, objeto y causa concurrentes, aunque maculados algunos de estos elementos con los defectos que especializa y enumera el art. 1.301; y esto entendido, es visto que no procede confundir la *nulidad radical* y la *anulabilidad*, construcciones jurídicas perfectamente netas y diferenciadas, porque la primera implica inexistencia total de un acto sin efectos cóngruos de ninguna clase en el ámbito jurídico,

en tanto que la segunda supone la existencia anormal de este acto, si bien se muestre gravado por deficiencias que pueden desnaturalizar su regular evolución, produciendo el aniquilamiento del mismo, pero también capaces de hacerlo subsistir o revivir, acaso en condiciones dadas, como la de confirmación y ratificación posibles: —Considerando que por lo expuesto se deduce la posibilidad y la razón procesal de que el recurrente haya correctamente podido solicitar en tiempo útil la impugnativa ejercitada contra el contrato usurario de que se hace mérito, aún transcurridos, con mucho, los cuatro años de su escrituración; y es obvio que la Sala de instancia, al declarar prescrita dicha acción reconocitiva, por aplicación indebida del art. 1.301 del Código civil, ha incidido en el primer motivo de casación invocado; sin que sea menester indagar sobre el segundo, porque al ser desestimada la excepción de prescripción liberatoria agitada en forma perentoria por el prestamista demandado, que impidió el examen de fondo, éste ha de ser necesariamente resuelto conforme a justicia en la segunda sentencia resuelta».

Aparte de esas sentencias, que queda claro que se inclinan por la nulidad, hay otras muchas que aunque hablan de ser «nulo» el préstamo usurario, no sirven para argumentar a favor de la verdadera nulidad, porque usan la palabra simplemente por ceñirse a la terminología de la Ley de Usura (10).

#### VIII. LAS SENTENCIAS QUE ACOGEN LA ANULABILIDAD O NO ACOGEN LOS EFECTOS DE LA NULIDAD O PROCLAMAN LA ESPECIALIDAD DEL CASO DEL PRÉSTAMO USURARIO

Frente a la clara tesis de nulidad absoluta de las vistas sentencias, otras se han pronunciado por la anulabilidad, sea diciéndolo literalmente así, sea, aun hablando de nulidad, admitiendo, sin embargo, para los casos que juzgaron unos efectos que son propios de la anulabilidad. Si bien, la verdad es que en ocasiones mezclan rasgos de la nulidad con otros que lo son de la anulabilidad. Y hasta en alguna ocasión llega a afirmar el T.S. que el caso del préstamo usurario es uno de especial singularidad en el que la Ley de Usura se aparta del C.c.

Esto lo dice por ejemplo, en sentencia como la de 18 de junio de 1945: «...no son los preceptos de éste [del C.c.] los que regulan cuando se trata de contratos usurarios las acciones del prestamista y del presatario, sino las de la Ley de 23 de julio de 1908, cuyas particularidades

---

(10) Así las sentencias de 10 de junio de 1940, 13 de mayo de 1961, 6 y 18 de marzo de 1964, 15 de diciembre de 1965, 24 de mayo de 1969, 19 de diciembre de 1974, 7 de marzo y 20 de junio de 1986 y 11 de febrero de 1988.

en materia de nulidad, notoriamente apartadas de cuanto previene el art. 1.306 del Código, obligan según tiene declarado esta Sala en sentencia de 29 de diciembre de 1942 a entender aplicable a tan singular nulidad la amplitud de la regla relativa a la prescripción de las acciones personales no sujetas a término propio establecida por el art. 1.964 del mismo Código».

Sentencias que apoyarían la anulabilidad son todas las que recojo a continuación, como, por ejemplo, las de 17 de diciembre de 1945 y de 6 de marzo de 1961 que dicen, aquella que «los contratos viciados por la usura no son inexistentes o radicalmente nulos, ni imprescriptible la acción de nulidad que se da contra ellos», y la de 1961, que la nulidad del caso «no envuelve una nulidad radical o inexistencia del contrato [y]...es evidente que los efectos del ... contrato... no desaparecen en su integridad...».

Pero, además, otras en que se hacen afirmaciones que chocan con la nulidad del préstamo usurario, como:

Que es un contrato confirmable o convalidable por actos de los interesados o por cumplimiento (sentencias de 12 de junio de 1918, 14 de julio y 22 de noviembre de 1928 y 24 de mayo de 1969) (10 bis) por lo que no serían atacables los ya cumplidos o consumados o finiquitados (sentencias de 29 de febrero, 14 de julio y 22 de noviembre de 1928), si bien algunas sentencias dicen específicamente que hasta éstos serían atacables (como las de 14 de junio de 1920 y 17 de diciembre de 1945, y evidentemente están en contra de la confirmabilidad las sentencias que mantienen la nulidad absoluta).

Que vale la fianza prestada a él (sentencia de 6 de marzo de 1961), lo que, a la vista del art. 1.824, supone que no es nulo, sino anulable.

Que es susceptible de novación (sentencia de 24 de marzo de 1960) (11) lo que, a la vista del art. 1.208, supone que no es nulo, sino anulable. Si bien entre las sentencias que acogen la nulidad, la de 30 de diciembre de 1987 diga específicamente que en el contrato usurario «la novación opera en vacío al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar».

Que la acción de nulidad sólo corresponde al perjudicado (sentencias de 14 de julio de 1928, 23 de mayo de 1929, 11 de octubre de 1958, 15 de febrero de 1964 y 24 de mayo de 1969).

Que la acción de nulidad es prescriptible, afirmación quizás la más fuerte de todas contra la nulidad absoluta del préstamo usurario, ya que

---

(10 bis) También lo mantienen específicamente algunos autores, así NAVARRO VILARROCHA, *ob. cit.*, en *loc. cit.*, p. 35.

(11) Así lo mantiene específicamente algún autor como NAVARRO VILARROCHA, *ob. cit.*, en *loc. cit.*, p. 935.

siendo aplicable a ésta la regla catoniana *quod ab initio vitiosum est tractu temporis conualescere non potest* (D. 50, 17, 29), recogida infinidad de veces por nuestra jurisprudencia, es que no se entiende ser nulidad, sino anulabilidad la invalidez a la que tal regla catoniana no se aplica, como no la ha aplicado al préstamo usurario el T.S. numerosas veces (así, sentencias de 29 de diciembre de 1942, 18 de junio y 17 de diciembre de 1945, 14 de diciembre de 1949, 10 de febrero de 1950, 26 de febrero y 4 de junio de 1957, 12 de marzo de 1958, 25 de febrero y 27 de octubre de 1960 y 24 de mayo de 1969, en las que se declara la prescriptibilidad, unas veces sin decir plazo y otras señalando que es el de 15 años del art. 1.964 [11 bis]).

Frente a esas sentencias que afirman la prescriptibilidad, las recogidas en el apartado anterior VII están contra ella.

## IX. DE CÓMO LA JURISPRUDENCIA VISTA NO APOYA LA ANULABILIDAD DEL CONTRATO, SINO SU NULIDAD CON OBLIGACIÓN DE RESTITUIR

Toda la jurisprudencia vista parecería que destroza al menos para nuestro Derecho positivo interpretado por el T.S., la tesis de ser el préstamo usurario un contrato nulo.

Pero nada más lejos de la realidad, porque el fondo de dicha jurisprudencia es perfectamente encajable en la nulidad, si bien es cierto que no siempre las sentencias se expresan con corrección y que lo que en definitiva resuelven lo apoyan a veces en una aparente anulabilidad del contrato o en extremos que parece que chocan con su nulidad, cuando en realidad no es así, sino que lo único que el T.S. defiende es el mantenimiento de la obligación de restitución (de lo que el prestata-

---

(11 bis) Algunos autores han entendido ser el plazo de cuatro años, es decir, el de los contratos anulables del art. 1301 (lo que sería coherente con considerar el préstamo usurario como contrato en el que hay voluntad viciada). A ello da pie el que en la discusión parlamentaria se estimó ser ese el plazo, así en intervenciones del diputado Sr. Ordóñez y del propio Azcárate (v. PALOMO, *ob. cit.*, pp. 117 y ss.), y luego otros autores han creído lo mismo (como BECEÑA, *ob. cit.*, p. 105 y SABATER, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, 1986, p. 161. En cuanto a VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, 1933, p. 131, también opta por los cuatro años, pero como plazo que él preferiría, no porque se siga de la ley).

El plazo de cuatro años, aunque fuese propósito del legislador, me parece equivocado, porque respondería a la configuración del caso como de un vicio de la voluntad, que tampoco lo es. aplicando el mismo plazo.

Pero, de cualquier modo, por lo que luego expondré y con arreglo a la construcción que haré del caso, es irrelevante entablar discusión sobre que el plazo sea de cuatro años, que por otro lado no es por lo que se inclinan consideradas en su conjunto ni la jurisprudencia ni la doctrina que acogen un plazo para la acción (que coinciden en el de quince años), pues, obviamente las que creen nulo absolutamente el préstamo, estiman que la acción no muere.

rio recibió o de lo que el prestamista cobro de más), obligación que no tiene que basarse en el contrato, que es nulo, sino que procede precisamente de que la nulidad de aquél deja sin causa y obliga a la restitución de las sumas que se hayan cruzado.

Recogiendo estas ideas, la sentencia más acertada y contundente en el tema es la de 10 de junio de 1952, en el caso juzgado por la cual, el actor había demandado por entender usurario un préstamo que recibió del demandado, habiéndose declarado tal nulidad en la instancia. Se interpuso luego recurso de casación por otros motivos, y el T.S. vino a declarar en brevísimas palabras y con mucho más acierto que en todos los fallos específicos para el caso, lo que, como he dicho, creo que es verdaderamente la esencia del tema de la nulidad el préstamo usurario y de las consecuencias que provoca. Dijo, en efecto al comienzo de su Considerando 1.º que «la obligación de restituir o devolver a cuyo cumplimiento se condenó como consecuencia de la declaración de nulidad del contrato de préstamo, *no nació de este contrato...sino de la ley, que de modo general la establece* en el art. 1.303 del Código civil y, especialmente *para el caso de nulidad de préstamo usurario*, en el 3.º de la Ley de 23 de julio de 1908...». Es decir, que el contrato es nulo, por lo que no produce sus propios efectos, ninguno de ellos, y entre los de ellos que no produce está el de obligar a devolver, sino que esto hay que hacerlo a consecuencia, no del contrato, sino de su nulidad, que, si no, dejaría en manos del prestatario lo que recibió por el contrato inválido, es decir lo que recibió sin causa, y aunque no lo diga, también devolver el prestamista si es que cobró ya, el exceso sobre la cantidad entregada.

Esta es la buena doctrina y no la de la sentencia de 6 de marzo de 1961 que entiende que del contrato declarado usurario *queda subsistente* la obligación de devolver, por lo que —dice la sentencia— los efectos del contrato, no desaparecen en su integridad. Lo que no es cierto, siéndolo, por el contrario, lo que he dicho antes, de proceder el deber de devolver de la nulidad del contrato, no de mantenerse éste en parte. Es eso lo que dice el art. 1.303 del C.c.: «Declarada la *nulidad de una obligación*, los contratantes deberán restituirse las cosas que hubiesen sido materia del contrato...».

- X. SIENDO NULO, EL PRÉSTAMO USURARIO NO ADMITE FIANZA NI ASEGURAMIENTO VÁLIDOS NI NOVACIÓN NI CONFIRMACIÓN NI QUEDA PURIFICADO POR CUMPLIMIENTO NI ES PRESCRIPTIBLE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE NULIDAD, SI BIEN. EXISTIENDO LA OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN QUE OCASIONA LA NULIDAD, ELLA SÍ QUE ADMITE VÁLIDAMENTE LO ANTERIOR Y ES PRESCRIPTIBLE

De la acción de nulidad y de la de restitución me ocupo en el apartado siguiente; de lo demás ahora:

En cuanto a la fianza, que «no puede existir sin una obligación válida» (art. 1.824,1.<sup>a</sup>), es claro que no cabe que sea prestada válidamente para las de un contrato nulo como el de préstamo usurario que, por definición no obliga. Esto es claro y no tiene más que decir para la fianza de la obligación de pagar los intereses. En cuanto a la de restituir, lo mismo el prestatario lo que recibió, que el prestamista lo que cobró, ciertamente que hay obligación, pero no procedente del contrato, sino de la recepción de la suma prestada o del cobro de los intereses ilegales. Casos los cuales, en los dos, hay una obligación válida, que es, por tanto afianzable. Si la fianza se prestó específicamente para ella, no hay cuestión. Pero si se prestó para el contrato de préstamo ¿vale para la obligación de restituir, que no nace de él, sino de su nulidad? Yo creo que a pesar del tratamiento restrictivo de la fianza (C.c., art. 1.827) es seguro que se debe mantener que, salvo que se excluya, la voluntad de afianzar comprende tanto la de afianzar las obligaciones contractuales, como las que pueda generar la invalidez del contrato. Otra cosa sería por completo inequitativa e iría contra el espíritu del art. 1.258.

Por lo que toca a la novación, la desechó la ya vista sentencia de 30 de diciembre de 1987, diciendo que «si la convención inicial que aparece en los contratos de 21 y 22 de enero de 1980 [contratos que eran usurarios] es radicalmente nula, la novación no puede operar su convalidación por prohibirlo así expresamente el art. 1.208 en relación con el 6,1, ambos del C.c.; cabe, por tanto decir, con frase jurídicamente aceptada, que en estos casos la novación opera en vacío, al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar».

La que sí es novable, como es afianzable, es la obligación de restituir que el préstamo nulo acarrea. Pero a diferencia de la fianza que prestada para todo aquél, he dicho que creo que alcanza a la restitución ¿también novado el préstamo nulo, se extiende la novación a la obligación de restituir? Y así no valdrá para aquél, pero sí para ésta. No lo veo fácil, porque la sustitución de una obligación por otra parece que requiere contemplar en concreto la sustituida y la sustituyente, luego habría de tratarse de una novación, aunque acordada antes, prevista para el caso de que la que haya que hacer efectiva sea la obligación restitutoria por nulidad del préstamo.

En cuanto a la confirmación del préstamo nulo, no es posible, puesto que sólo son confirmables los contratos anulables, no los nulos (C.c. art. 1.310). Ni siquiera cabe confirmarlo mediante ejecución, sea parcial (que ya podría serlo el pago de los intereses), sea total cuando haya cesado la causa de la invalidez (art. 1.311), como si el prestatario ya salió de su situación angustiosa, porque el contrato nació usurario y sigue siéndolo. En el extremo de que el contrato no sea atacable sino cuando está pendiente, pero no una vez cumplido o consumado o finiquitado, yerra la jurisprudencia ya vista que lo dice, pues no puede ha-

cerlo sino partiendo de la equivocada tesis de que el cumplimiento lo confirmó, lo que, como hemos visto, no cabe.

Según lo dicho, ciertamente que tanto la novación como la convalidación no son posibles ni siquiera por acuerdo de los interesados y menos pueden ser impuestos por el uno al otro. Ello significa que por la nulidad que aduzca una parte, si realmente lo es, debe de pasar o soportarla la otra, aunque ésta pretenda mantener, convalidar, subsanar o novar el préstamo usurario como no usurario por avenirse a rebajar los intereses hasta el límite de los normales. Lo único que cabe es que, nulo el contrato usurario, las mismas partes puedan después celebrar otro que no lo sea.

Algunas sentencias del T.S. tienen relación con lo anterior. Son las que recogeré después, recaídas en casos en que el prestamista se avenía a rebajar el interés. Realmente siendo el prestatario el perjudicado, la confirmación, de ser el contrato anulable, debería proceder de él; si bien como es nulo, puede impugnar también la otra parte, y si ambas se avienen a que el contrato valga con intereses no usurarios, realmente están celebrando uno nuevo.

Las sentencias antes dichas son de 11 de enero y 17 de marzo de 1911 y de 14 de diciembre de 1912 y 19 de abril de 1913.

Las dos de 1911 dicen que avenirse el prestamista a rebajar el interés para que no sea excesivo o renunciar a éste por lo que sobrepase al normal, no despoja al contrato de su carácter de usurario.

La de 1912, que el allanamiento del prestamista demandado a no cobrar los intereses usurarios supone su admisión de la nulidad del contrato.

Y en la de 1913 en la que el interés era alto, pero no se consideró que concurriesen las demás circunstancias precisas juntamente con aquél para que hubiese usura, lo que el T.S. dijo, fue, no que la rebaja del interés quitase el carácter de usurario al préstamo, haciéndolo válido, sino que la usura no existía en el caso por falta de las otras circunstancias, pedidas por la ley, y agregó simplemente que «máxime cuando como sucede en el presente caso ... se allanó el prestamista desde luego ... a reducir el interés pactado al del 8 por 100 anual...».

## XI. LA ACCIÓN DE NULIDAD Y LA DE RESTITUCIÓN

Según hemos visto, frente a una opinión jurisprudencial y doctrinal que lo niega, otra entiende que la acción de nulidad es prescriptible.

Esta opinión, a su vez, tiene dos variantes: la que asigna a la acción una prescripción de cuatro años, tomando el plazo del art. 1.301, y la que entiende que es de quince años en base al art. 1.964, que señala este tiempo para la de las acciones personales que no tengan marcado otro en la ley, que es el caso de la acción que nos ocupa.



Yo, creyendo que el préstamo usurario es nulo absolutamente, he de entender que la acción correspondiente es imprescriptible, rechazando así tanto la prescripción (más bien caducidad) de cuatro años que sólo correspondería si el contrato fuera anulable, como la de quince, que siendo nulo tampoco puede corresponder por ser la nulidad imprescriptible.

Mas, a eso, que es así, hay que hacerle una precisión, la de que aunque la acción declarativa de la nulidad es imprescriptible, ya que simplemente busca que el Tribunal proclame la realidad, que existía desde antes, de ser el contrato nulo, la que sí es prescriptible, y lo es por el paso de los quince años del art. 1.964, puesto que la ley no marca otro, es la acción *de restitución* de lo que se hubiese recibido (la suma que tomó el prestatario, o los intereses que cobró el prestamista) por el contrato nulo, acción que no es declarativa, sino de condena (a devolver), pero cuya prescripción no afecta a la imprescriptibilidad de la acción por la que se solicita la declaración del contrato nulo. Hasta aquí bien, pero como para el ejercicio de toda acción, sea declarativa, sea de condena, ha de tener interés quien la interpone, si por haber transcurrido los quince años de prescripción de la acción de restitución, ya no puede el Tribunal imponer ésta al demandado, el accionante carecerá de interés hasta para el ejercicio de la acción declarativa, así que le deberá ser rechazada, ya que aun triunfante no puede proporcionarle después la restitución de lo que dio por el contrato nulo (12). Esto que digo me parece innegable si se ejercitan juntamente la acción declarativa y la de restitución y el demandado opone a ésta la prescripción. Mas, si inólitamente primero se demanda sólo la declaración de nulidad, no podrá el Tribunal entender que el demandante no tiene interés, ya que sí lo tendría, pues podría conseguir la restitución si ejercitando después la acción para ésta, el demandado no le opusiese (cosa que aún no se sabe) la prescripción de la acción restitutoria.

La jurisprudencia y la doctrina que acogen la prescripción de quince años (12 bis) serían correctas aplicadas a la acción restitutoria o a rechazar la acción declarativa por prescripción de aquélla, que probablemente es en el fondo el espíritu de los fallos, aun si literalmente dicen algo distinto.

---

(12) Ver DE CASTRO, *El negocio jurídico*, 1967, p. 482 y *Temas de Derecho civil*, 1972, p. 150; DELGADO, en *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, dirigidas por mf. XVII, 2.<sup>o</sup>, 1981, p. 251; REGLERO, en los mismos *Comentarios*, XXV, 2.<sup>o</sup>, 1994, p. 141; ESPÍN, *La nulidad absoluta del negocio jurídico*, etc., en ADC, 1970, pp. 537 y 538. En jurisprudencia, la sentencia de 27 de febrero de 1964, considerando penúltimo.

(12 bis) Aquélla ya vista *supra*, ap. VIII. En cuanto a la doctrina varios autores expresan específicamente ser ese el plazo, así ESPÍN, *Manual*, III, 4.<sup>a</sup> ed., 1978, p. 593; NAVARRO VILARROCHA, *ob. cit.*, en *loc. cit.*, p. 935; Díez-PICAZO Y GULLÓN, p. 463; PUIG BRUTAU, p. 471.

El plazo comienza a correr desde que se celebró el mutuo e hizo la entrega cuya restitución se reclama, porque siendo nulo el contrato es desde ese momento cuando surge la obligación de restituir, reclamable por el prestamista al prestatario (13). Y desde el momento que lo que éste ha pagado a aquél supera la suma que recibió (Ley art. 3.<sup>o</sup>), si es restitución por el prestamista del montante de la suma de lo que le haya sido devuelto de lo que prestó más los intereses cobrados por ello.

Como hemos visto, la acción declarativa de nulidad no prescribe; tampoco la excepción. Como también hemos visto, sí prescribe la acción de restitución, pero no la excepción, en virtud de la regla que expresa el brocardo *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, que acoge, aunque no lo diga expresamente, nuestro Código.

La acción para perseguir la declaración de nulidad corresponde a cualquier interesado en que ésta conste, como puede serlo el prestamista, el prestatario, un fiador, etc., y la para obtener la restitución, a quien ésta corresponda o beneficie, si bien, puesto que toda acción exige interés, ni siquiera aun siendo una de las anteriores personas está legitimado para pedir ni la simple declaración de nulidad quien, por la razón que sea, carezca de interés en ello o hubiese perdido el que tuvo antes.

Algún autor afirma expresamente que sólo el prestatario puede demandar la nulidad (13 bis). Y se dice que ciertas sentencias vienen también declarando que sólo puede hacerlo el contratante que sufre la usura (14). Pero la verdad es que, o no lo han hecho para excluir la legitimación de la otra parte, sino para decir que sí estaba legitimando el prestatario que era quien demandaba en el caso, o lo han hecho a la vista del art. 1.302, por considerar anulable el préstamo usurario, y no nulo, que siéndolo pide que pueda demandar cualquiera que tenga interés. Se po-

---

(13) Comienza a correr, según la sentencia de 14 de diciembre de 1949 y algunos autores, como NAVARRO VILARROCHA, *ob. cit.*, en *loc. cit.*, p. 836, desde la celebración del contrato. Lo que es lo mismo que desde la entrega porque siendo el contrato real se perfecciona por la entrega. De todas maneras, como yo creo que cabe el mutuo consensual (ver mi *Derecho civil*, II, 2.<sup>o</sup>, 9.<sup>o</sup> ed., 1994, & 121. núm. 2), cuando lo sea el usurario, la acción comenzará a prescribir desde la entrega, no desde el contrato, ya que la de nulidad de éste no prescribe, y la de restitución sólo persigue conseguir ésta, lo que no es posible antes de la entrega.

También la sentencia de 26 de febrero de 1957 señala la consumación del mutuo mediante la entrega del capital como momento inicial del plazo de prescripción, pero con la particularidad de que dice que cuenta ese momento «en que se entregó la mayor parte del capital prestado». Si bien yo pienso que para reclamar las partes de préstamo entregadas después, la acción comienza a prescribir desde su entrega.

(13 bis) NAVARRO VILARROCHA, *ob. cit.*, en *loc. cit.*, p. 834.

(14) Así las ya vistas de 14 de julio de 1928, 23 de mayo de 1929, 11 de octubre de 1958, 14 de febrero de 1964 y 24 de mayo de 1969. Parecería estar en contra la de 9 de enero de 1933.

drá pensar en lo insólito que sea que el propio prestamista pida la nulidad, y siendo ciertamente así no solerá pedirla, pero cabe que, por ejemplo, le urja más recobrar el capital que obtener los intereses usurarios que cobra, y así pida él mismo la nulidad; por supuesto con el límite de que no constituya un abuso de derecho (C.c. art. 7). Pedir la nulidad como paso para pedir la restitución es claro que corresponde a quien pueda pedir ésta, y así al prestamista cuando el prestatario ni siquiera contando los intereses que hubiese pagado, si es que pagó alguno, llegase a haber devuelto la suma que realmente le fue entregada.

Siendo el préstamo usurario nulo, la declaración de su nulidad procede de oficio, como es regla para los casos de nulidad cuando los Tribunales conozcan de los hechos que la provocan. Algunos, sin embargo, lo niegan (14 bis), lo que sin duda se debe a considerar el préstamo como simplemente anulable.

## XII. LOS EFECTOS DE LA NULIDAD

Como he dicho repetidamente, siendo nulo el préstamo, carece de efectos, y el restitutorio procede, no del contrato, sino de las entregas hechas por el prestamista o prestatario.

Este ha de devolver sólo lo que recibió, aquél lo que exceda de lo que prestó. Pierde, pues, los intereses usurarios pactados y hasta los legales que habrían correspondido sin usura. Lo que demuestra una vez más, que el préstamo es nulo.

Pero como es evidente e insiste en ello alguna sentencia (15) esos efectos restitutorios son los especiales que marca la Ley de Usura, y no el art. 1.306 del C.c. De esta manera nos evitamos posibles discusiones sobre las dudas que cabría plantear si este artículo fuese el aplicable al préstamo usurario. Y nos queda el texto claro y contundente del art. 3 de dicha Ley, según el cual declarada la nulidad de un préstamo usurario «el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado».

## XIII. LA QUE CREO MEJOR SOLUCIÓN PARA EL PRÉSTAMO USURARIO

Después de todo lo dicho, no quiero acabar sin agregar algo que se me ocurre que habría sido mejor que disponer la nulidad del préstamo usurario, como hace nuestra Ley de 23 de julio de 1908. Sería una de dos:

---

(14 bis) Así NAVARRO VILARROCHA, *ob. cit.*, en *loc. cit.*, p. 382.

(15) Así, por ejemplo, la de 18 de junio de 1945.

O establecer que es un contrato rescindible a petición del prestatario, acogiéndolo así al art. 1.295,5.º.

O establecer, como el Código italiano de 1942, art. 1815,2.º, que si los intereses son usurarios, la cláusula es nula y se deben sólo en la cuantía legal. Con lo que el contrato vale con sustitución del interés pactado por el legal, así que sigue sin más funcionando, pero ya sin usura. Solución también del Código portugués de 1966, art. 1.146,3, en el que el interés usurario, que lo es el que supera una cierta cifra máxima según los casos, se reduce por ley a ese máximo, manteniéndose el contrato; y solución asimismo de la Ley francesa de 26 de diciembre de 1966, art. 5, para la que los intereses excesivos «se imputan de pleno derecho a los normales ya devengados y subsidiariamente al capital».

#### XIV. CONCLUSIÓN

La conclusión del presente estudio es que el préstamo usurario es nulo radicalmente, así que ni tiene efecto alguno, ni puede convalidarse, y el tener que restituir el prestatario la suma recibida o devolver el prestamista los intereses que hubiese cobrado excediendo de aquella, son consecuencias, no del préstamo, sino de que careciendo éste de efectos por su nulidad, no se justifica ni la entrega de la suma ni el cobro de los intereses, debiendo, pues, devolverse. Por lo que toca a la acción de nulidad, no prescribe, pero sí a los quince años la de restitución.



Perfiles en las relaciones entre proceso civil y penal:  
La teoría general del proceso

Comunicación al Convegno «Nuevos perfiles en las relaciones  
entre proceso civil y proceso penal»  
(Trento, 18 y 19 de junio de 1993) (\*)

VÍCTOR FAIRÉN-GUILLÉN

Profesor emérito de la Universidad Autónoma de Madrid.  
Socio correspondiente de la Associazione Italiana fra gli Studiosi del  
Processo Civile

**DEDICATORIA**

*A mis amigos y compañeros del Departamento de Derecho Privado, Económico y Social de la Facultad de Derecho de esta Universidad Autónoma de Madrid, cuyo prestigio defiende siempre al máximo.*

---

(\*) NOTA EXPLICATIVA: Durante los días 18 y 19 de junio de 1992, se reunieron, en Trento, las dos Asociaciones Italianas de Estudiosos; la del «proceso civil» —a la que pertenezco desde 1950— y la del «proceso penal»; motivo eficiente de esta celebrada reunión: oportunidad pre-legislativa italiana, de la que hablaré en otro trabajo.

---

Presenté como comunicación al **Convegno**, este texto, que por ahora, está inédito.

Y de otro lado, aparece en España, como disciplina troncal de la Licenciatura de Derecho, la «Introducción al Derecho Procesal», y ahora —octubre de 1993— ya se publican algunos volúmenes de contestaciones, manifiestamente apresuradas y de valor heterogéneo.

En mi «Memoria sobre el concepto, método, fuentes y programa del Derecho Procesal», preceptiva entonces para opositar a Cátedras de la disciplina —concretamente, a la de Santiago de Compostela— elaborada y presentada al entonces Ministerio de Educación Nacional —era el año 1948; conservo ejemplares— ya incluía una «Parte General del Derecho Procesal», en 15 largos temas. (En el Ministerio —su archivo— debe conservarse el original de esta «Memoria» si no lo han destruido o se lo han llevado). Desde entonces, en todos mis programas a los alumnos de Licenciatura —y del Doctorado— en Derecho, apareció esa «Parte General»; y algún autor actual de libro de esa «Introducción al Derecho Procesal» que estudió conmigo, lo sabe, por experiencia—. Programa; y decenas de publicaciones monográficas, preparatorias de una obra general que publiqué en 1991 («empedrando el camino del tratado con monografías» al estilo germánico) titulada «Doctrina General del Derecho Procesal» (Librería Bosch, Barcelona) y otra en 1992, titulada «Teoría General del Derecho Procesal» (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México), para América. Ahora, ya jubilado, y reducido a explicar el Doctorado en esta Universidad Autónoma de Madrid, lo sigo haciendo, de esa «Doctrina General»; y fue siempre mi ánimo, el de que se institucionalizase en España.

Me falló influencia política para hacerlo; ya que, doctrinal y pedagógicamente, estaba aconsejada. Y ahora, aparece.

Me es grato decirlo e ingrato tener que hacerlo más de cuarenta años después de que yo pretendiese fundadamente y en público —véanse mis publicaciones desde 1949: la primera, en el «Anuario de Derecho Civil»— su introducción en las Universidades españolas. Sin contar con que he hecho lo imposible porque también se introdujera en Italia.

Tengo, sobre los libros y libritos que ahora aparecen sobre el tema —sobre sus autores, que tan simpáticos me son— la insuperable desventaja —entre otras— de mis propias limitaciones, que reconozco, así como la de no tener a mi cargo enseñanzas de Licenciatura —sólo por excepción las he dado en los Cursos 1992-1993 y 1993-1994, al Grupo de Estudios al que pertenecía S.A.R. el Príncipe de Asturias, D. Felipe de Borbón y Grecia—, esto es, la de no poder tener «eco universitario» de mi trabajo.

Y frente a tales desventajas, tengo las ventajas de no haber de improvisar, como ocurre con ciertos autores actuales (no todos jóvenes, ciertamente), ya que, detrás de mí tengo abierto mi rastro, **empedrado** de publicaciones sobre el tema; senda abierta a aprovechamientos elegantes e ilegantes.

La «Introducción al Derecho Procesal», salvo originalidades fundadas que serán bienvenidas, debe remitirse a los conceptos generales básicos. Y en mi «Parte» o «Teoría» General están. En revisión, como en toda teoría moderna elaborada por persona consciente de sus errores y no ciega de orgullo o prepotencia; pero ahí están.

Y ahí está otra de mis justificaciones para ante los amigos italianos reunidos en Trento. Y hasta que pronto, nos veamos de nuevo, esta vez en Pisa. Madrid, 19 de mayo de 1993

Estimo que los estudios sobre las relaciones entre los procesos civil y penal pueden abordarse desde los puntos de vista A) de la legislación; B) de la doctrina y C) de la docencia.

El aspecto que antes —históricamente— aparece a nuestra vista, es el de las leyes, el de la normativa. En un principio, debió existir un medio único de resolver pacíficamente los conflictos en el plano de la heterodefensa judicial (1). Y el ejemplo de lo que hemos dado en llamar el «primitivo proceso germánico» lo demuestra. Sin diferenciarse las esferas de lo que hoy denominamos de «lo público» y de «lo privado», con penas pecuniarias o de pérdida de la paz sobre todo, con una base personal natural única —la *thing*— los dos actuales procesos «eran o parecían sólo uno».

En los tiempos modernos, de mayor separación entre los procesos civil y penal —separación que entiendo hoy día va disminuyendo a ojos vistas—, por muchas gentes —juristas— se ha «olvidado contemplar el otro campo» —decía CARNELUTTI con referencia a este tema—, pues «de haberlo hecho» —los procesalistas civilistas— «no habrían enunciado doctrinas que no tienen ninguna posibilidad de aplicarse en el proceso penal» —GRISPIGNI—.

Y por el contrario, los países que, a lo largo de su evolución histórica, tuvieron la oportunidad —y la aprovecharon— de no olvidar aquéllos primitivos modelos procesales (y ya me estoy refiriendo a Suecia en especial), se han hallado en una situación de partida mucho más favorable cuando de unificar, o al menos, de uniformar sus procesos civil y penal se trató. Los principios y regulaciones procedimentales unitarios del *Sveriges Rikes Allmänna Lag* de 1734, fueron base fundamental de trabajo para los unificadores suecos actuales (2), que triunfaron en 1942.

---

(1) *Cfr.* últimamente, mi trabajo «La defensa», en mis «Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional», Madrid, EDERSA, 1993, *passim*. Y el libro, ya clásico, de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, «Proceso, autocomposición y autodefensa» México, UNAM, 3.<sup>a</sup> reimp. 1991, *passim*.

(2) *Cfr.* antecedentes del *Rättgångsbalk* (RB) de Suecia; WREDE, «Das Zivilprozess Schwedens und Finnlands», Berlín-Leipzig, ed. Bensheimer, 1924, pp. 48 y ss.; EKELÖF, «Wie man in Schweden Recht spricht», Zurich, Scientia Verlag, 1949; BURTIN, «Lex tribunaux et la procédure en Justice du Royaume de Suède», París, Rousseau et Cie., 1948, *passim*; BENGT LASSEN «Die neue Gestaltung des schwedischs Prozessrechts», en «Einführung un das schwedische Rechtsleben», Hamburgo, De Gruyter, 1950, *passim*; SIMPSON, «Das Zivil- und Strafprozessgesetz Schwedens» (con una trad. alemana del RB), Berlín, De Gruyter, 1952; *ibidem*, «Schweden», en la «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft» (ZgSt), V. 54 (1952); JØRGENSEN, «Grundzüge der Entwicklung der scandinavischen Rechtswissenschaft», en «Juristen Zeitung» (JZ), 1970, pp. 529 y ss. y 533 y ss.; mi trabajo «Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia (1900-1975)», Ponencia General para el Coloquio Internacional sobre «LXXV años de evolución jurídica en el Mundo», México, 1976, en las Actas de dicho evento, UNAM, México, Vol. III, pp. 13 a 97, y en Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, s.a.



Otro ejemplo de unificación procesal, se ve en el *Codex Iuris Canonici* de 1917. La formidable cantidad de fuentes normativas históricas —no olvidemos que el Derecho Procesal Canónico fue una de las más robustas bases del Derecho Procesal moderno—, cercanas a la síntesis, dada la proximidad de los modelos acusatorio e inquisitivo, fue integrada en dos, coincidentes en gran parte (3). No estimo se deba quitar importancia a esta solución, sobre todo, si se tiene en cuenta la calidad oficial de ecuménico del *Codex*. Y no importa aquí la evidente diferenciación del campo en que actualmente operan estas normativas.

He venido estudiando desde hace muchos años, el *Rättegångsbalk* de Suecia en su contenido, y en la admirable técnica legislativa puesta en práctica (4). No dejo de tener en cuenta que se trata de un ordenamiento en el que la jurisprudencia de los Tribunales, la costumbre y las tradiciones jurídicas, constituyen un gran elemento —como en la elaboración del *common law* inglés—; mas, sobre este ingrediente, las normas del RB son, en general, muy sugestivas, y, algunas, en especial, de enorme trascendencia posible en el Derecho Comparado. Y estoy aludiendo a las normas sobre «La prueba» (Sección III, Capítulos 35 a 31).

Pero no es necesario el acudir a contemplar la cúspide de la pirámide de la unificación procesal —cúspide que puede deslumbrar— para observar un gran movimiento normativo — sea cual sea el modelo de normas: legales-formales o no-uniformadas, ni reducirnos al estudio de uno o varios Códigos ejemplares.

Si desde hace siglos, ha existido una «zona intermedia» entre los procesos civil y penal, ésta se ha extendido en los últimos tiempos, en los fenómenos llamados de «penalización del proceso civil» y de «civilización del proceso penal» (ALCALA-ZAMORA CASTILLO); fenómenos de ósmosis jurídica que cada vez se extienden e incrementan más.

De un lado, una no escasa parte del viejo —mejor, clásico— Derecho Civil, se halla oprimido por la idea del *ius cogens*: prolifera la intervención estatal —a través de las administraciones, pero también de los Tribunales de Justicia—. Desde el derecho de familia, con los procesos en materia de matrimonio o de filiación, o de incapacitación, hasta, p. ej., el derecho de los alquileres de fincas urbanas, o de arren-

---

(3) *Cfr.* mi trabajo «Hacia la unificación de las leyes procesales (Estudio y enseñanzas unitarios del Derecho y legislación procesales)», en mi libro «Problemas actuales de Derecho Procesal» (de aquí en adelante, «Problemas»), ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp. 93 y ss.

(4) *Cfr.* «Problemas» *cit.*, pp. 79 y ss.; mis «Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985», Madrid, EDERSA, 1986, (de aquí en adelante LOPJ), pp. 14 y ss.

damientos de fincas agrarias, pasando por las protecciones a las «propiedades especiales»; en todas estas parcelas del campo del Derecho Civil, se aprecia la aparición de modelos procesales protectores, en los que el protagonismo de las partes —el *dispositivo* intra-procesal (5)— es sustituido por el del Juez, un Juez a menudo inquisidor. Al modelo anterior, isonómico —simetría clásica del Derecho Procesal Común, que se presenta aún, en España, en el «juicio de mayor cuantía», exponente actual y descendiente del modelo medieval *Ordo solmnis iudiciarius* (6)—; a ese viejo modelo, sustituye uno de *processus* asimétrico, «oficial», inquisitivo. [Y nóteses que el contrato de trabajo, ya escapó de los códigos civiles; y el proceso de trabajo, se independizó o alejó —indebidamente, a mi entender (7)— del civil].

De otro lado, ha ampliado —y deformado— el campo del proceso penal, la reaparición y ampliación triunfales —por ahora— del principio de la *oportunidad*, a costa del clásico de legalidad; se tiende en ciertos países a encargar a autoridades administrativas —el Ministerio Fiscal español, lo es (8)— el fijar si procede o no comenzar ciertos procesos, y hasta dónde debe ir la persecución. El proceso puede terminar por medio de un contrato entre el acusado y el Ministerio Público —y

(5) Desde 1949, fecha en que se publicó un juvenil ensayo mío titulado «Principios del procedimiento y parte general del Derecho Procesal» («Anuario de Derecho Civil», Madrid, 1949) y 1953, en que CARNACINI publicase su ya famosa monografía «Tutela giurisdizionale e tecnica del processo» («Studi in onore di Enrico REDENTI», Giuffrè, Milán, 1953, II) yo diferencié lo que he denominado, los «principios dispositivos extra-(o supra) e intra-procesales». Cfr. estas ideas en mi «Doctrina General del Derecho Procesal», Madrid, Libr. Bosch, 1990, pp. ¿...? y en mi «Teoría General del Derecho Procesal», México, UNAM, 1992, esp. 34 y ss. y 275 y ss.

(6) Cfr. sobre estos modelos procesales, mi libro «El juicio ordinario y los plenarios rápidos», Barcelona, ed. Bosch, 1953, I Parte esp.: mi trabajo «El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje: sus posibilidades», en mis «Estudios» cit., T. II (Madrid, EDERSA, 1983), *passim*. Todo —o gran parte de ello— montado sobre las bases metodológicas de H. K. BRIEGLEB («Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse», Leipzig, Tauchnitz, 1859) y con bibl. histórica y actual española.

(7) La vía histórica del proceso laboral italiano y la del español, son paralelas. Ambos *nacen* en el Código Procesal Civil (en España la LEC, «Ley de Enjuiciamiento Civil» de 1881, aún vigente). Pero en Italia, perdura este encuadramiento sistemático, en tanto que en España, dicho proceso pasó a tratarse en Leyes Procesales de Trabajo (la última, de 1991).

(8) El Ministerio Fiscal —Ministerio Público, MF— organizado según el modelo francés del Siglo XIX, depende del Poder Ejecutivo, a través del Fiscal General del Estado, por aquél nombrado y destituido, salvo la firma de Real Decreto por el Rey. Por ello, dada su organización rigurosamente jerarquizada según su Estatuto — de 1981— es una quimera que la misma ley hable de su independencia y criterios de legalidad de su actuación. Predomina, claro está, el criterio político suyo, ordenado o inspirado por el Ejecutivo. (Arg. máximo en el art. 28 del Estatuto del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre).

el acusador particular— sobre la entidad de la pena en contraprestación a las indemnizaciones (es el *plea bargain*, —el «negociar», expresión española comercial—, el *patteggiare*) (9).

Por ello, adquieren singular relieve actual, los problemas procesales aparecidos en torno a la multiplicidad de efectos del delito: los penales —la acción penal, la acción popular (10)— y los civiles: las acciones y pretensiones de resarcimiento y sus diversas modalidades de ejercicio. Podría decirse que una vez que el contrato ha aparecido en el campo —el *bargaining*— el delito se bate en retirada. Las consecuencias que esta doctrina y su práctica actual pueden producir en el futuro —ya lo están produciendo: un incremento de la delictividad— hoy día, parecen no preocupar demasiado. Atribuyo en no poca parte a un indisoluble hedonismo esta despreocupación. Y la reacción *oficial* en algún país es la de... despenalizar, inoportunamente.

[Haciendo un paréntesis en el discurso: la doctrina procesal, se ha preocupado mucho —mas, al parecer, no lo bastante— de la creación de conceptos, de figuras, de instituciones generales-procesales. Desde hace mucho tiempo, filósofos y procesalistas han caminado de la mano. Mas probablemente, la misma superioridad histórica de los estudios civilísticos sobre los publicísticos hizo que el proceso civil, aun siendo un apéndice (contratual o cuasi-contratual) del ordenamiento de aquel campo, atrajese más la atención de los estudiosos que su hermano, el proceso penal, que quedaba como «apéndice del apéndice» —Cenerentola, le llamamos ahora (11), recordando a la maravillosa heroína del cuento de Perrault (12)—. Sólo a través de las doctrinas

---

(9) El *plea bargain* ha penetrado en España, en el proceso penal «abreviado», para la imposición de penas no superiores a los 12 años de privación de libertad, (Ley 7/88, de 28 de diciembre. Reforma de la LECRIM) —Ley de Enjuiciamiento Criminal— de 1882, Ley, ésta. de buena factura, aún vigente, aunque corregida y empujada por la de 1988.

Esa introducción, se ha efectuado de manera tan solapada que... el lector inadvertido no sabía claramente cómo se podía *negociar, bargain*. Cfr. mi «Reforma Procesal Penal» *cit.*, en diversos puntos.

(10) La «acción popular penal» existe en España de manera más intensa y extensa que en Inglaterra (art. 100 y ss. LECRIM y 25 de la Constitución de 1978). Cfr. mi trabajo «El proceso como función de satisfacción jurídica», en «Temas del Ordenamiento Procesal», I, Madrid, Tecnos, 1969, *passim.*; «Doctrina General», X, Primero, IV, 5, B); *ibidem*, «Teoría General», p. 297 y ss. y Cfr. *infra*.

(11) Cfr. CARNELUTTI, «Cenerentola», en «Rivista di Diritto processuale», 1948; FAIRÉN GUILLÉN, «Cenerentola, ma per doppia ragione», «Riv. Dir. Proc.», 1951, I, *passim*.

(12) Esta alusión es conveniente en general —y no por esta ocasión, de tratar con personas cultas y honradas—; ya que hoy día, no escasean ediciones del admirable y moral cuento infantil, en la que se atribuye la autoría, a otras personas *vivas* y tan aprovechadas como deshonestas. Es un indicio de cómo marcha esta sociedad *post-moderna*.

generales que iban llegando (13). Estas distancias no obstaron a que ilustres juristas se ocupasen de ambos procesos, desde una posición superior. recuérdense los nombres de GOLDSCHMIDT y W. SAUER en Alemania —dos caracteres opuestos—; de CARNELUTTI y de GRISPIGNI en Italia —casi otro tanto puede predicarse— y un largo etc., que no evita la confesión de olvidos (14). Puede decirse que, pese a que las controversias siguen abiertas, la doctrina ampara ya a las creaciones legislativas unitarias].

En cuanto a esa legislación unificada, o al menos, uniforme (15), ya dije que el RB de Suecia, no es obra única. En España, p. ej., ya en el Siglo XIX, y en un modesto Reglamento (1835) (16) se hallan normas que regulan un procedimiento oral y concentrado para resolver sobre litigios civiles de escaso contenido, infracciones leves penales (es un descendiente, a lo largo de los Siglos, de aquel «primitivo proceso germánico» llegado a tierras hispanas durante el dominio visigótico); más tarde, ese modelo será recogido —una vez más, históricamente— por la LEC (1881) vigente—: «juicio verbal», para litigios de entidad económica inferiores a 80.001 pts. etc. y por la Ley de Tribunales Industriales de 19 de mayo de 1908 y de la 22 de julio de 1912, para el campo de los conflictos de trabajo; desde donde, siempre el mismo modelo, perfeccionado, llega hasta la actualidad (la última Ley de Procedimiento de Trabajo, el RD de 27 de abril de 1991).

Se trata de un modelo elemental; de una demanda preliminar escrita con los datos de ambas partes —para efectuar las citaciones; en Francia se llama a este modelo, «por citación»— y en la que se prepara la pretensión; seguida de una audiencia en la que se completa la pretensión por el actor, se contesta a la demanda, se propone y practica prue-

(13) *Cfr.* el ejemplo de VON KRIES. recibiendo para el proceso penal, la doctrina de la relación jurídica procesal. *Cfr.* su «Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts», Freieburg i. Br., Akademische Verlagsbuchhandlung (Nohr. Siebeck), 1892, p. 4 y ss.

(14) *Cfr.* más minuciosamente en mis trabajos sobre la teoría general del proceso en mis «Temas» *cit.*, T. I, *passim*, y bibl. allí *cit.*

(15) *Unificación* tiene aquí, para mí, un significado de naturaleza de unidad, ontológica, de la que resulta unicidad de expresión. *Uniformidad*, significa para mí, diversidad ontológica, pero unicidad en la expresión, por razones de conveniencia, de utilidad, de eficacia, etc., (p. ej., razones de economía legislativa o procesal).

(16) Trátase de un «Reglamento Provisional para la Administración de la Justicia», de 21 de septiembre de 1835. Pretendía reordenar la actualidad de toda una serie de leyes procesales anteriores —y antiguas; p. ej., las de la «Nueva Recopilación» de 1805— en espera de la codificación. Estuvo vigente, hasta 1870. De calidad no excelente, desempeñó un gran papel en la práctica, muy superior al de diversas leyes generales que fueron efímeras. su influencia sobre la legislación de las Repúblicas Iberoamericanas ya independientes, fue enorme. *Cfr.* FAIRÉN-GUILLÉN y SOBERANES FERNÁNDEZ, «La Administración de Justicia en México en el Siglo XIX», publicado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal de México, 1993, mi colaboración exclusiva, pp. 7 a 138, *passim*.

ba, se concluye y se sentencia, si es posible en el acto; con apelación no menos concentrada.

Hallamos normativa procesal unificada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 (17), fundamentalmente dedicada a unificar las jurisdicciones y a modernizarlas —lo que se consiguió—. En ella se encuentran muchas normas procesales generales, como p. ej., sobre las cuestiones de competencia, la sustanciación de las recusaciones, de las audiencias, de la forma de las resoluciones judiciales, de las discordias, etc.

Aparecida esta brillante Ley en un escenario en el que las leyes procesales eran o viejas o fragmentarias —y de ensayo—, cobró un gran prestigio (18) y fue el apoyo de las reformas procesales de la década de 1880 —Ley de Enj. Civil (1881), Ley Enj. Criminal (1882), Ley del Jurado (1888)—. La Magistratura recibió un fuerte impulso renovador (19).

De ahí, en no poca parte, a mi entender, del favor que determinados —y algunos de ellos, distinguidos— procesalistas otorgaron a dicho cuerpo legal, a fines de «unificar» o «uniformar» normativa, en las décadas de los años 1960 y 1970.

Pero por algunos se ha pasado quizás a un «movimiento de unificación» que, mirando sólo por la «economía legislativa», mejor que por las garantías que todo proceso debe conllevar, parece extenderse de manera imprevista, por «simplificar». Y no es admisible dejarse llevar por impulsos: un estudio previo en profundidad, de cada norma a unificar —o a uniformar (20)— es fundamental—; se unificaría solamente lo necesario, y en esa Ley General. La existencia actual de

(17) Era una Ley Provisional, dictada bajo un Gobierno de transición, introducido por la revolución anti-borbónica de 1968. No se elevó nunca a Ley «definitiva» por causa de la rapidez de los acontecimientos políticos [Monarquía de la dinastía sabauda (1870-1872), República (1873-1874), restauración de la monarquía borbónica, más con Constitución liberal (1875-1876)]. Y llena de reformas y de complementos parciales, estuvo en vigor hasta 1985, en que fue sustituida por la LOPJ de dicho año, muy inferior en contenido y en técnica. *Cfr.* mis trabajos «Algunos conceptos y principios fundamentales de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870», en la *ob. cit. collect.* «Centenario de una gran obra legislativa». Valencia, Colegio de Abogados, 1973. *Passim.*: «La potestad jurisdiccional» y «La independencia judicial en España en la actualidad» en mis «Estudios» *cit.*, T. I, Madrid, EDERSA 1983, *passim*; y mis «Comentarios a la LOPJ de 1985» *cit.*, pp. 25 y ss.

(18) Este calificativo —tras muchas críticas— es el que se le da ya desde hace años, y en general. *Cfr.* *bibl.* en mis *ob. cit.*s. en nota anterior.

(19) *Cfr.* esp. MONTERO RÍOS (Ministro de Justicia en el Gobierno que promulgó la LOPJ de 1870), «Breves indicaciones acerca de las nuevas leyes relativas al Derecho Penal y organización del Poder Judicial. Ideas sobre la alta misión del Magistrado», Discurso de Apertura de los Tribunales de 15 de septiembre de 1870 —el día de la promulgación de la LOPJ— en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Madrid, 1871, *passim*.

(20) *Cfr. supra.* sobre la diferencia —a mi entender— entre «unificación» y «uniformación» de las normas.

normas repetidas, reitero, daría buenas pistas. Y las materias próximas a la unificación en los cinco órdenes procesales españoles de la actualidad (Civil, Laboral, Contencioso-Administrativo, Financiero y Penal) son las siguientes:

(En la Ley Orgánica del Poder Judicial) (21):

- A. Abstención y recusación de Jueces.
- B. Responsabilidad administrativa, civil y criminal de los Jueces.
- C. Vista y despacho de los asuntos.
- D. Magistrados ponentes.
- E. Discusiones y votaciones de las resoluciones judiciales.
- F. Auxilio Judicial.
- G. Normas de distribución de las competencias.  
(No las de los conflictos).

(En la Ley Procesal General):

1. Con respecto a las partes, representantes y defensores:
  - A. Postulación y defensa personales —la «autodefensa» y sus límites genéricos (22)—.
  - B. Constitución, modificaciones y extinción de las relaciones de la parte con Abogado y Procurador.
  - C. Abogados de confianza y Abogados de oficio.
  - D. Garantías de los derechos de Procuradores y Abogados.
2. Con respecto a los actos procesales:
  - A. Requisitos y presupuestos esenciales de los actos procesales.
    - a) Los impedimentos procesales genéricos (no así los específicos).
  - B. La forma de los actos procesales:
    - a) La forma de los escritos de las partes.
    - b) La forma de las resoluciones judiciales.
    - c) La forma de los actos de documentación.
    - e) La forma de las audiencias.

---

(21) Es un nombre ya clásico en España; como *Ordinamento Giudiziario* en Italia.

(22) Naturalmente, quedaría aparte la regulación de los importantísimos problemas de la autodefensa que surgen en cada orden procesal, y en especial, en el proceso penal.

- f) Las formas de las declaraciones en concreto. Uno de los temás más espinosos, que no puede quedar sin principios básicos enunciados (23).
  - g) Los principios de concentración y de orden legal de los actos (24).
  - h) Las preclusiones y la eventualidad. Sus aplicaciones genéricas.
  - i) El principio de publicidad y sus manifestaciones. Casos de admisión de «secreto» y sus intensidades (25).
  - j) El tiempo en el proceso.
    - a') El impulso oficial.
    - b') Términos y plazos: su cómputo, prorrogabilidad o improrrogabilidad.
- C. La comunicación de los actos procesales: las notificaciones en sus diversas especies.
3. Con respecto al proceso declarativo:

Hay más que posibilidad, necesidad de unificar o uniformar lo referente a la acumulación, no acumulación, simple «reunión», curso de los procedimientos respectivos en sus casos, de los correspondientes a las acciones civiles, laborales, administrativas y financieras derivadas de delito. Esto es: se ha de completar la fenomenología descrita en los arts. 100 y ss. de la LECRIM (acción penal popular: acción penal pública del MF; acción penal pública del ciudadano particular; acción del ciudadano en los «delitos perseguibles sólo a instancia de parte» etc.; diversos procedimientos) (25 bis).

Igualmente precisa reunir las normas sobre prejudicialidades genéricas en un solo lugar.

Con respecto al proceso declarativo, y especialmente en el ordenamiento español, precisa regular en parte general, las generalidades de los litisconsorcios, tan descuidadas.

(23) Precisa elegir entre el modelo de libertad de forma, o de correctas limitaciones a la misma, habida cuenta la necesidad de que haya algún *procedimiento* (forma).

(24) Es el caso del parágrafo 179 de la ZPO austríaca.

(25) Desde las *incomunicaciones* del sujeto a la medida cautelar penal de prisión preventiva, hasta la falta de contradicción en el primer momento procesal de los procesos cautelares. Cfr. mi trabajo «Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso» en mis «Temas» *cit.*, I, pp. 565 y ss.

(25 bis) Cfr. también los arts. 362, 514, 180 LEC; 3 al 7 y 111 y ss. LECRIM; 4, 86 y 233 Decr. Ley Procedimiento Laboral 27-4-1990; Ley Conflictos Jurisdiccionales de 18-5-1987, arts. 1 y ss. *passim*; Ley de lo Contencioso-Administrativo (27-12-1956) arts. 2, 4 y 102.

Alguna normativa probatoria, podría ser unificada. Desde luego, la ref. a la apreciación de la prueba, que debe tener uno de sus modelos en el del respeto a las «reglas del criterio racional» del art. 717 LECRIM, o «reglas de la sana crítica» de los arts. 609, 632 y 658 LEC o «reglas del criterio humano» del art. 1.253 CCiv. (26).

Y los mecanismos procedimentales de la práctica de la prueba, también son susceptibles de unificación en ciertos casos (p. ej., en los principios de la práctica de las pruebas periciales; o en la meditada introducción de los interrogatorios cruzados...).

4. Con respecto al proceso ejecutivo:
  - A. El embargo ejecutivo. (Ya se halla en parte uniformado en la LECRIM).
  - B. La realización forzosa de bienes (a efectos de la ejecución de las penas patrimoniales, sin dejar de tener en cuenta su carácter de intransmisibilidad).
5. Con respecto al proceso y medidas cautelares:
  - A. Ciertas actividades ref. a personas, que se pueden reunir bajo el nombre genérico de «Manifestación de personas» (27).
  - B. Cauciones (en parte).

---

(26) Elogiando esta interesante figura autóctona —es la de las *Erfahrungsmaximen* de STEIN, pero aparecida ya en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855— *cfr.* GORPHE. «La crítica del testimonio», trad. española de RUIZ DE FUNES, Madrid, ed. Reus, 1934, p. 20 y ss.

(27) La Manifestación, era un recurso del antiguo Ordenamiento del Reino de Aragón, para liberar personas injustamente detenidas o presas o torturadas. Más amplia que el *Habeas corpus*, ya que comprendía un estadio cautelar sumario, pero después otro plenario a abrir *ex officio* (penal o civil). Y se combatía también la tortura, lo que no se podría hacer con el *Habeas corpus*. *Cfr.* mis trabajos «*Habeas corpus y Manifestación*», en mis «Estudios» *cit.*, T. I., p. 313 y ss.; «Los procesos de “Greuges”, de Firma de Derecho y de Manifestación de Personas, el “Writ” de “Habeas corpus”: el “mandado de Segurança”, garantías históricas y actuales de los Derechos Fundamentales de libertad de locomoción y de no sumisión a la tortura», en «Estudios», III. («La Reforma» *cit.*) p. 471 y ss.; «La naturaleza jurídico-procesal del *Habeas corpus*», en «Reforma» *cit.*, p. 557 y ss. y abundante bibl. *cit.* También en Congreso Mundial. Bologna 1988 («Judicial protection of the Human Rights at the National and International Level», II, p. 573 y ss. y 901 y ss.); *Idem.* en el «Festschrift» FRANZ MATSCHER, Viena, 1993, p. 81 y ss. y bibl. *cit.*

La «Manifestación» en sí misma, era el acto procesal de exhibición y entrega de la persona al Justicia de Aragón (o a uno de sus Lugartenientes-Magistrados) por la persona que detuvo o aprisionó. Y había una «Manifestación de personas» civil, que se aplicaba a las mujeres casadas e hijos menores indebidamente retenidos. Hoy día, a los que se hallen en trance de un proceso matrimonial o de filiación.



- C. Embargos preventivos (problemas muy cercanos a la unificación, art. 614 LECRIM).
  - D. Secuestros de bienes.
  - E. Aposiciones de sellos y otras medidas.
  - F. Astricciones y constricciones.
6. Con respecto a los efectos económicos del proceso:
- A. Las costas. Principios generales sobre su contenido. Su fijación y exacción (ya unificada: art. 245 LECRIM).
  - B. La exención de las costas.  
Concepto y graduación de la «pobreza» (unificados en gran parte, art. 13 y ss. LEC y 123 y ss. LECRIM).  
Procedimiento para obtener el beneficio de la justicia gratuita.

Estas son las materias que, previo estudio de las regulaciones vigentes y correspondientes, estimaba y estimo susceptibles de unificación bajo el epígrafe de «Ley Procesal General» (28); he añadido, tras un minucioso examen, el de determinadas materias de los procesos que se siguen ante el Tribunal de Cuentas, manifestación de la Jurisdicción comprendida en la Constitución, pero muy descuidada (29).

Pero en la práctica, y en el seno de desordenadas reformas —o de fallidos intentos de reforma— legislativas, las cosas han tomado otro rumbo.

---

(28) Mis iniciativas no tuvieron reflejo alguno en las esferas de la *Nomenklatura* de la época del General Franco —*at pour cause*—. En 1976, fui nombrado miembro permanente de la Comisión General de Codificación en la 5.<sup>a</sup> Sección, de Derecho Procesal. Esta Sección, *no ha sido convocada desde 1982*. Pero en octubre de 1988, se creó una «Sección Especial de la Comisión, para la Reforma Procesal», bajo la Presidencia del Prof. ALMAGRO NOSETE, a la que no fui llamado. Esa Comisión, se disolvió en 1990, *ope legis*, dejando su labor recogida en un libro titulado «Materiales para la Reforma Procesal» (publ. por el Ministerio de Justicia, 1991). Su título recuerda el de los *Materialien* de la Reforma austríaca, publ. en 1985; pero el parecido es simplemente del título. En esa labor, no hubo nada que se pudiera referir a una reforma unificadora o uniformadora procesal. El Prof. ALMAGRO, *aparte*, ha publicado algún trabajo sobre el tema (*Cfr.* «La reforma del proceso penal cara al año 2000», en el «I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León» «Crisis de la Justicia y reformas procesales») —al que no fui invitado—, publ. Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, p. 167 y ss.). Comento este trabajo en el mío «La unificación» *cit.* en «Problemas», esp. p. 115 y ss.

(29) Este orden jurisdiccional, se encuentra en el art. 136 de la Constitución de 1978 —esto es; separado de los cuatro más clásicos (civil, penal, laboral y contencioso-administrativo) que se hallan en el art. 117. Funciona bajo un Tribunal de Cuentas que, constituido por número par de Jueces —nombrados éstos por las fuerzas parlamentarias, por los partidos— y bajo el *Führerprinzip* del voto presidencial, se halla muy politizado y funciona tardía y defectuosamente.

Aunque p. ej., aparece allí la interesante figura de la acción popular...

En efecto, frente —mejor, al lado— de mi iniciativa de elaboración de una «Ley Procesal General», de 1966 —iniciativa publicada con ocasión de responder a un borrador de «proyecto» del Ministerio de Justicia, que estimé inadmisibles (30)— aparecieron las de una serie de Profesores de Derecho procesal españoles, los cuales mantenían que todas las normas reiteradas en nuestras leyes procesales, debían reunirse en una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (31). Me hallé en desacuerdo con tal posición, que, confundiendo reglas jurídicas realmente orgánicas de los Tribunales, con otras administrativas de los mismos y con otras de carácter procesal, destruirían el modelo «orgánico» —el nombre ya clásico de la Ley— y la convertirían en un almacén de normas heterogéneas (32); y mantuve y sigo sosteniendo mi posición enunciada.

Después de oscilaciones, se elaboró una nueva «Ley Orgánica del Poder Judicial» (sancionada el 1 de julio de 1985), que, además de incurrir en una serie de errores fundamentales y fatales en lo orgánico (33), concentró sobre ella toda una serie de normas procesales que desvirtuaron su nombre y su contenido. El Libro III de la nueva

(30) Fueron tres Borradores: de Código Procesal Civil (1966); de Código Procesal Penal (1967) y de Ley Orgánica de la Justicia —de los Tribunales— (1978). El Ministerio de Justicia, los enviaba a las Universidades —y a otras entidades jurídicas— para informe. La Universidad de Valencia se confió la tarea de elaborar los tres informes y los publicó. Resúmenes se hallan en mis «Temas», T. II.

Desde 1982, no he recibido ningún borrador etc., para informar, con excepción de uno, de Ley del Jurado, —de autoría de mi discípulo y amigo el Prof. GIMENO SENDRA— que, en 1985 me fue enviado por el Ministro de Justicia, D. Fernando Ledesma para «ser corregido». Previa la venia del Prof. GIMENO, introduje modificaciones y lo acompañé de otro Borrador completo mío.

(31) A los mismos Borradores y en la misma época, al citado Ministerio, contestaron opinando fundamentado en favor de la unificación de normas procesales, dicho Prof. Prieto Castro, los Prof. de Sevilla Gutiérrez-Alviz Amario —Catedrático— y Almagro-Nosete —Adjunto— más el Colegio de Secretarios Judiciales. Y, yo mismo, naturalmente.

(32) Algo después, el mismo Prof. Prieto Castro, reunió a 32 profesores de Derecho Procesal españoles para elaborar una «Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (publ. Madrid, ed. Tecnos, 1970-1974) —esto es, otra labor—. Elaboraron 19 grupos de normas procesales susceptibles de uniformación, pero... en la Ley Orgánica del Poder Judicial. A mi entender —y ya lo he dicho— solución errónea, la de convertir una ley de organización, en un almacén de normativa procesal... Me aparté del grupo —que más tarde, se disolvió— amistosamente por esa razón y por otras que no hacen al caso. Pero su trabajo —más de 800 artículos cuidadosamente redactados y precedidos de estudios casi monográficos— debía ser tenido por pre-legisladores y legisladores como un modelo. Mas hoy día, en España, se estudia poco el Derecho... Sobre esta decadencia y sus causas, *cf.* mi «Doctrina General», «Previamente...», *passim* y mi librito «Ensayos sobre procesos complejos», Madrid, Tecnos, 1991, *passim*. (Es la Ponencia española al IX Congreso Mundial de Derecho Procesal, Coimbra-Lisboa 1991).

(33) He tratado de examinar algunos, en mis «Comentarios a la LOPJ» (Madrid, EDERSA, 1986), bajo el lema «*Moritur te salutant*» que produjo enfado en algunos... y me causó disgustos en respuestas vindicativas.

LOPJ, es casi totalmente procesal, bajo el efugio de que se trata de «actividades judiciales». Véase el índice:

«Libro III.— Del régimen de los Juzgados y Tribunales».

Título I. Del tiempo de las actuaciones judiciales.

Capítulo I. Del período ordinario de la actividad ordinaria (de los Tribunales).

Título II. Del modo de constituirse los Tribunales.

Capítulo I. De la audiencia pública.

Capítulo II. De la formación de Salas y de los Magistrados Suplentes (en parte, normas procesales).

Capítulo III. Del Magistrado Ponente.

Capítulo IV. De las sustituciones.

Título III. De las actuaciones judiciales (34).

Capítulo I. De la oralidad, publicidad y lengua oficial (35).

Capítulo II. Del impulso judicial.

Capítulo III. De la nulidad de los actos judiciales (normativa claramente procesal) (36).

Capítulo IV. De las resoluciones judiciales.

Capítulo V. De la vista, votación y fallo.

Título IV. De la fe pública y de la documentación.

(34) Es un efugio, para intentar evitar el nombre apropiado, esto es «Actuaciones procesales»; las que allí se encuentran, no son administrativas de los Tribunales, sino jurisdiccionales. *Cfr.*: «Problemas» p. 108 y ss.

(35) Se alude a la oralidad y a la publicidad, quizás porque se hallan, también explícitamente, en la Constitución, art. 120.

(36) Las normas sobre nulidades son claramente procesales. *Cfr.*: mi «Doctrina General», p. 344 y ss. y mis «Comentarios a la LOPJ», p. 298 y ss. La mediocridad de tales normas ya ha dado lugar a varias sentencias del Tribunal Constitucional (SS. en recursos de amparo, núms. 1.504/87, 1.640/88 y 1.987/88) en las que se denota el enfrentamiento del derecho fundamental a la tutela jurídica con la cosa juzgada. Y en su S. de 16-12-1991, el TC ha *inventado* un nuevo motivo de revisión penal (el contravenir la sentencia firme un Derecho Constitucional fundamental); consecuencia mediata de la Sentencia del TEDH, también contraria a España, de 6 de diciembre de 1988, en el caso Barberá etc. v. España.

Esta gravedad se manifiesta ya en el verano de 1993; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictó, en el caso «Familia Ruiz-Mateos v. España» Sentencia (la he traducido y se publicará con una extensa nota crítica mía en la «Revista de Derecho Procesal», Madrid) núm. 2/1992/347/420, de 23 de junio de 1993, condenando a España, por haber el Tribunal Constitucional, actuado contra el principio del «plazo razonable» y del «juicio equitativo», y —eso se veía venir— los abogados de Ruiz-Mateos en el caso RUMASA, se basan en esa doctrina del TC para intentar que éste declare nulo aquel juicio.

*Cfr.* mi nota crítica de la citada Sentencia —y de algunos votos disidentes— en la *cit.* revista —tan sólo el tema de la vulneración del principio del «plazo razonable»; y el resto —lo más importante, con graves dificultades para poder publicarlo en España— no obstante, espero se imprima pronto.

Capítulo I. De las funciones atribuidas a los Secretarios (en gran parte, se trata de normas procesales generales o especiales).

Capítulo II. De la dación de cuenta (37) y de la conservación y custodia de los autos.

Título V. De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia».

Los legisladores de 1985 —son los del mismo partido mayoritario que sigue en el Poder (38)— parece que cortaban, con este devío, el camino hacia una posible Ley Procesal General. Pero, también parece... que, al menos, en 1988, entraba en los planes del Ministerio de Justicia, el seguir por el camino ortodoxo de la unificación, tal y como yo lo veía y veo. He sido excluido de toda planificación oficial (39); pero las ideas anteriores de quien la dirigió (40) eran en favor de tal unificación (concentrada sobre una Ley Orgánica del Poder Judicial, no se olvide). mas, posiblemente, se han alterado; y así, se presentó una especie de Borrador de «Ley de Bases para la Reforma Procesal» (41).

Este Borrador, contiene *algo* que podría recordar, (si lo leemos con amplitud de ideas), al esquema de KLEIN, esto es, el de estadios de preparación y de entrada en el fondo; con aspiraciones de ser aplicado también al proceso penal. Pero leyendo al trasluz, aparece... tan sólo una regulación más procesal que civil. Lo penal, es tan sólo un barniz engañoso; de seguirse adelante por esa vía, la futura Ley General será

(37) La «dación de cuenta», es un subrogado de la oralidad y de la intermediación en un modelo escrito, como lo son la mayor parte de los civiles españoles. El secretario, «da cuenta», explica al Juez lo que ha ocurrido en cada causa desde el anterior día hábil (presentación de escritos, vencimiento de plazos, etc.) y el Juez va adoptando las resoluciones correspondientes. Naturalmente, se halla recogida en la LOPJ, art. 283 y ss.

(38) Escribo estas líneas a mediados de mayo de 1993; las elecciones generales —parlamentarias— se celebrarán el día 6 de junio. El partido PSOE, se halla en el Poder desde 1982, sin interrupción. [Actualizo estas líneas en octubre de 1993].

(39) Como lo fui en la época del gobierno del General Franco. *Cfr.* mis circunstancias personales en mi «Doctrina General», «Previamente...»; en «Problemas», p. 115 y ss.; en el «Proloquio» de mi «Reforma Procesal Penal» *cit.*, 1992.

Y no lamento mi perpetuo ostracismo, si se debe a mi carácter independiente y opuesto a genuflexiones políticas.

(40) La Sección Especial de la Comisión General de Codificación para la Reforma Procesal, fue nombrada por R.D. de 21 de octubre de 1988 y con un plazo de dos años. Se disolvió en su plazo... dejando curiosamente, algunos documentos que no se han publicado (*Cfr.* ALMAGRO «Presentación» a la *ob. cit.*, en nota núm. 28, «Materiales», *cit.*).

(41) Me refiero al Prof. ALMAGRO NOSETE, hoy Magistrado del Tribunal Supremo. En el Vol. «Materiales» no incluye ninguna publicación de normativa unitaria o uniforme. Sí uno titulado «Presente y futuro del proceso civil», del mismo ALMAGRO, p. 357 y ss.

inaplicable a lo penal. Ha experimentado el autor, al aparecer, el «deseo de unificarlo todo» cuando debe saber que sólo es posible unificar o dar tratamiento unitario a pocos problemas (42).

También un antiguo discípulo mío, hablaba —escribía— sobre una «Parte General» procesal «englobada en un Código Procesal único» (43). Mas *parece* (44) que la vía de clarificar el campo de los procesos mediante una unificación de normas reiteradas inútilmente en cada uno de ellos, ha quedado cerrada. Quizás por falta de impulsos personales y aún de fuerzas a aplicar.

Sin embargo, hay problemas que deben ser abordados —y resueltos— por personas y medios responsables técnicamente (45), sin dejar que se reiteren graves injusticias, plasmadas ya en sentencias de los Tribunales y no evitadas por haberse aplicado una normativa muy antigua —me refiero a la de las acciones derivadas de delito, de la LECRIM (1882) y de la LEC (1881)— y no preparada para atender a situaciones de criminalidad *modernas*.

Si el modelo de la LECRIM es correcto (aunque esté envejecido, naturalmente, y falle el punto de vista de los litisconsorcios activos, de acusadores), el de la LEC, se integra tan sólo por algunas normas aisladas: los arts. 369, 514 y 1.807; totalmente insuficientes para un buen movimiento de las acciones civiles (mejor, de las no penales).

El tercer aspecto de las relaciones entre los procesos civil y penal, se refiere a su docencia.

Ya he indicado que, siendo aún estudiante de Derecho, fue la influencia del Prof. PRIETO CASTRO; después, desde su exilio, la del Prof. ALCALA-ZAMORA CASTILLO; y desde un principio, la lectura de las obras de GOLDSCHMIDT y de CARNELUTTI, lo que me llevó a interesarme por la construcción de una Parte General del Derecho Procesal. Mi oposición (46) al ordinario universitario, estuvo ya acompañada de

(42) *Cfr.* sobre estas ideas, «Unificación», p. 117 y ss.

(43) *Cfr.* GIMENO SENDRA, «El nuevo Código Procesal Penal portugués y la anunciada reforma global de la Justicia española», en «Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor FAIRÉN-GUILLÉN». Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1990, pp. 240 y ss.

(44) Desde mi jubilación, a los 65 años, y pese a mi nombramiento como Profesor Emérito a.h., muchos de mis colegas me tienen aislado, sin duda por *razones* en algunos casos fácilmente explicables. De ahí que no conozca ninguna línea de la política legislativa procesal (?) actual.

(45) A la vista de las leyes procesales promulgadas últimamente (1980, 1988 y 1992) parece claro que falla la cultura jurídica de los legisladores y aun la de sus consejeros pre-legisladores juristas; falla la colaboración de otros juristas desinteresados...

(46) La «oposición» es un sistema de acceso al funcionariado, de pruebas teóricas y prácticas, pero con intervención del principio de contradicción —crítica de los *curriculi*— por los demás «oposidores». La Comisión —ahora llamada pomposamente «Tribunal Juzgador»— se halla —mejor, se hallaba— con el terreno despejado por la contradicción, de modo análogo al de un proceso. Este sistema, ha decaído, fundamentalmente, por el temor de los candidatos al contradictorio público. Yo me sometí a él en 1948. El origen escolástico de tal método y sistema me parece claro. Y las ventajas del contradictorio en él.

una juvenil «Memoria» en la que yo había intentado deslindar el ámbito de esa «Parte General», con destino al alumnado. Continué estos estudios —y los continúo en la actualidad— y en mis clases, siempre he explicado esa «Parte General»; progresivamente, la ha extendido hasta lo que estimo deben ser sus límites. y como se verá en el adjunto Programa —es el que utilizo ahora, dando mayor o menor profundidad a los conceptos, según se trate de alumnos de la Licenciatura o del Doctorado— esos mismos límites sirven, naturalmente, para deslindar lo no unificable o uniformable.

En la actualidad, los estudiosos sobre esa Parte General del Derecho Procesal, no abundan en España (47). Parece que la atención de una serie de jóvenes —y menos jóvenes— autores, se centra en la publicación de obras que, en su contenido y sistemática, se ciñen a responder a «Programas» elaborados por el Ministerio de Justicia y otros, y destinados a los aspirantes a las carreras de la Judicatura, de la Fiscalía (48), de las Secretarías judiciales, y de los auxiliares. «Programas» defectuosos y en ocasiones impregnados de política. Y tales obras, de eficacia efímera, se limitan a dar interpretaciones —en ocasiones, también «políticas»— de la normativa actual, no sin que —en algunos autores— se descubra el turiferario. Es una pena que se pierdan buenos intelectos en esta labor de copistas (49). De las obras generales, se pasa a las monografías sobre temas de especialidades; pero no se entra en problemas de la teoría general. O si se abordan, hay quien, a la vista de Leyes como la Orgánica del Poder Judicial de 1985 —en la que aparecen textos procesales unificadores; *cfr. supra*— se ciñe a sahumar a los

---

(47) Al contrario, en Iberoamérica, en donde quedó también gran recuerdo de James GOLDSCHMIDT; así, desde los actuales pioneros BARRIOS DE ANGELIS (Uruguay) PELLEGRINI GRINOVER (Brasil) y toda una ya larga serie (GÓMEZ LARA, OVALLE FAVELA, —México— etc.).

(48) Aunque de por sí, los individuos de los Cuerpos de la Judicatura y del Ministerio Fiscal entienden que debe existir unión cultural entre ellos, desde la superioridad de los últimos se propende a su separación —que ha sido y es tal en la práctica administrativa—, sin duda a fin de poder influir mejor sobre sus miembros, ya que el Fiscal General del Estado es nombrado por el Ejecutivo e impera el principio de la jerarquización en el Cuerpo; lo que hace contradictorio e ilusorio el principio de legalidad (que también debe imperar legalmente en tal Cuerpo) en las ocasiones en que intervenga el FGE a instancias expresas o tácitas del Ejecutivo, del cual depende. Es una serie de problemas clásicos del modelo francés de *Ministère Public*, que es el recibido en España. A diferencia del italiano, desde el 22-9-1988, sus miembros devenidos autónomos en el proceso.

(49) Es de justicia decir que no todos, ni mucho menos, han sucumbido a la tentación de trabajar fácilmente de tal manera. Incluso una nueva escuela —la de Valencia, creada modestamente por mí durante mi larga estancia en aquella Universidad— ha variado el punto de aplicación de las fuerzas intelectivas al «proceso»; aparece así el «Derecho Jurisdiccional» impuesto en este concepto. *Cfr.* mis discípulos Prof. MONTERO AROCA —hoy, Magistrado— ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER, y su «Derecho Jurisdiccional».

legisladores, pero no a los que les inspiraron. Hay una desfasada aplicación del concepto de la superioridad de la ley, de Rosseau; y además, interesada (50).

Y las últimas reformas procesales, de extenso contenido y ambiciones, son justamente y gravemente críticas. Los legisladores se abstienen de tener en cuenta las opiniones de los Jueces, Fiscales, Abogados y Profesores de Derecho; con miras elementales («simplificar»; «acelerar»), parecen no darse cuenta de que marchan por el camino de crear un «juicio sumario indeterminado», del modelo alemán del Siglo XVII, propugnado por el inquisidor CARPZOVIUS y sus amigos (51); eliminan *substantialia iuris positivii* —a veces, de garantía fundamental—, pero... los *substantialia a iure divino seu naturali inducta* sólo aparecen en forma de arbitrio concedido a Jueces cuya mayoría es joven, de discutible formación y escasa experiencia. Sin perjuicio de un formidable desarrollo de la potestad administrativa reglamentaria, naturalmente.

A nadie que recuerde medianamente la Historia de este Siglo puede ocultarse hacia dónde puede conducir esta dirección política.

Estimo, con toda modestia, que uno de los medios de convencer de la practicabilidad docente de los estudios comparados —o incluso integrados, unificados o uniformados— procesales civiles y penales, es el de exponer aquí el programa que sigo en mis Cursos de Derecho Procesal en la Universidad oficial española; y ello —naturalmente, con evolución— desde 1946.

Coincide este programa —naturalmente— con mi libro de Teoría General del Derecho Procesal, *por ahora*; y digo esto, ya que varios conceptos fundamentales de los que en dicho libro expongo, están sujetos a revisión. Por ejemplo, los de cosa juzgada (doctrinas cuyo estado cada vez me satisface menos). Por el contrario, la idea básica, la del «proceso como satisfacción jurídica», no veo razones para reformarla. Se sigue utilizando en la práctica, con exhuberancia, la palabra «satisfacer»; y yo no he hecho sino indagar algo dentro de la expresión.

---

(50) Se retorna ahora, en España, hacia el concepto de la casación, de mecanismo únicamente destinado a la «protección de la ley» —como, en el Decreto francés de 27 de Nov.-1 de Dic. de 1970— pero no «de la ley», sino «de la norma». Esta ampliación indica que el Reglamento, la Circular, la Comunicación, etc., esto es, los grandes medios de la Administración de imponer sus potestades de manera no jurisdiccional, se fortifican. *Cfr.* la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30-4-1992, su «Exposición de Motivos»; y mi trabajo «La Justicia Civil en España», con destino a «Giustizia Civile nella Comunità», CEDAM (1994, *passim*).

(51) *Cfr.* mi libro «El juicio ordinario y los plenarios rápidos» *cit.*, y fundamentalmente, BRIEGLER, «Einleitung» *cit.*, *passim*.

No entro aquí en detalles sobre mi programa. Es posible que algunos de mis muy resumidos textos en la obra que se anuncia en Italia (52), puedan aclararlo para los colegas de aquellos pagos.

Ultimamente, la dirección que como modesto estudioso del Derecho Procesal vengo siguiendo desde mi juventud —la unificacionista o uniformista parcial en las normas, y en la doctrina-docencia— ha experimentado un fuerte impulso.

En efecto, en el Plan de Estudios de la Licenciatura en Derecho para la Universidad Autónoma de Madrid (Resolución Rectoral de 10 de diciembre de 1992, B.O.E. de 4 de febrero, 31 de marzo y 2 de abril de 1993) (53), y en el Primer Ciclo de Estudios, aparece la disciplina «Introducción al Derecho Procesal.— Función jurisdiccional. Organización judicial. El proceso y sus principios rectores», esto es, el contenido de mi largamente estudiada y explicada a casi cincuenta generaciones de alumnos, doctrina, a semejanza del Plan de Estudios de la Universidad de Valencia, aprobado durante mi estancia en aquella ciudad y Universidad.

Esto quiere decir, que ya no habrá de aplicarse una doctrina procesal general esquelética (como alguno la expone, por falta de preparación) y casi clandestina (?), sino de 35 horas de lección teórica y práctica. Puede decirse, sin inmodestia alguna, que uno de los objetivos de mi larga vida académica —50 años el próximo mes de octubre— se ha cumplido. Ahora sí que es preciso vivir —no vegetar, como decrépito; que ese momento aún no me ha llegado y espero tarde mucho— el desarrollo universitario y práctico de esa doctrina, que yo no he hecho sino heredar de grandes Maestros como GOLDSCHMIDT, CARNELUTTI, SAUER, ALZALA-ZAMORA CASTILLO, GRISPIGNY, y muchos más. Sin olvidar a GÂRDE y a los suyos, allá en el Norte de Europa.

---

(52) «Giustizia civile nella Comunità» obra colectiva dirigida por el Prof. Elio FAZZALARI, ed., CEDAM, Padova (Agosto de 1995).

(53) El problema de los errores en las publicaciones oficiales de la normativa española en el periódico oficial, el «Boletín Oficial del Estado», es preocupante.

El Plan de que trato aquí, se publicó en el del día 4 de febrero de 1993; el día 31 de marzo se publicó un «error de transcripción»; y el día 2 de abril una nueva corrección de la corrección.

Este problema, aquí sorteado pero no en otros muy graves casos, llega a ser de técnica legislativa. Lo he puesto de manifiesto en mis trabajos «Atención a la técnica legislativa», en la «Revista de Derecho Procesal», Madrid, 1990, núm. 3, p. 403 y ss. y en mi libro «La Reforma Procesal Penal» en mis «Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional» *cits.*, Madrid, EDERSA, 1993, p. 1 y ss.

Este periódico oficial, tiene un buen sistema de prevención de la publicación de «errata»; en el caso del Plan de Estudios, ha funcionado bien pero... en otros casos de gran trascendencia —leyes procesales: a ellas me limito— no.





## ANEXO

### Programa de «Teoría General del Derecho Procesal»

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN  
Profesor Emérito a.h. de Derecho Procesal  
Universidad Autónoma de Madrid

*En mis Cursos de Doctorado, y desde 1988 —desde que fui nombrado Profesor Emérito— pongo el título arriba citado.*

*Y hubo alguna molestia administrativa «porque repetía curso», y «está prohibido».*

*Naturalmente, quien así opinaba, no tenía ni idea de lo que es una doctrina general del Derecho Procesal, y cómo se puede abordar durante cursos y cursos, un solo fragmento de la misma, sin agotarla y no repetirse.*

*Además, **padezco** —en cuanto al número de horas de clase que me está permitido profesar— del inconveniente de que el Derecho Procesal **figura** entre las Disciplinas del Departamento de «Derecho **Privado**, Económico y Social». Allí fue introducida sin mi asentimiento naturalmente.*

*El Derecho Procesal, «Derecho Privado»... Sí, antes de la Revolución Francesa.*

*Cuando fuera de España se me hace citar (yo lo excluyo todo lo que puedo) este encuadramiento de la disciplina en mi Universidad, oigo carcajadas homéricas.*

*Mi contento personal con mis compañeros de Derecho Privado, Económico y Social, es grande, muy intenso; pero ello no empuja a denunciar siempre que «el Derecho Procesal no está donde debe estar» en la Universidad Autónoma de Madrid.*

*Mi acudir a las altas esferas, de nada ha servido hasta ahora.*

*Y ese Plan de Estudios nos transporta hasta el Siglo XVIII, con rescoldo de los **buenos amigos**, que no faltan...*



## TEMA I

### FUNCION ESTRUCTURA, NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO DEL PROCESO

- I. MEDIOS DE SOLUCION DE LOS CONFLICTOS INTERSUBJETIVOS.
  1. LA AUTODEFENSA.
  2. LA AUTOCOMPOSICION.
  3. LA HÉTÉROCOMPOSICION.
    - A) El arbitraje.
    - B) El proceso.
- II. LA FUNCION DEL PROCESO. SUS ELEMENTOS.
  - A) Sujetos.
  - B) El Juez.
  - C) El conflicto.
    - a) La pretensión.
    - b) La resistencia.
- III. LA FUNCION DEL PROCESO: SUS CARACTERES. LA SATISFACCION JURIDICA
  1. Concepto de satisfacción jurídica.
  2. Caracteres de la satisfacción jurídica.
- IV. LA ESTRUCTURA DEL PROCESO: SUS PRINCIPIOS.
  1. El «Derecho al libre acceso a la Justicia».
  2. El Derecho a «un Juez imparcial».
  3. El principio de contradicción o de audiencia bilateral.
  4. El principio de igualdad entre las partes.
  5. Los principios de oficialidad o disponibilidad del proceso.
  6. El principio de la humanización del proceso.
  7. El principio de probidad en el proceso.
  8. El principio de la eficacia del proceso.
  9. El principio de la mayor aproximación a la verdad material de los hechos.
  10. El principio del respeto a los «Derechos Fundamentales».
  11. La estructura exterior del proceso: el procedimiento.
- V. LA NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO. DIVERSAS DOCTRINAS.
  1. El proceso basado en la «*litis contestatio*», como contrato.
  2. El proceso como cuasi-contrato.
  3. El proceso como relación jurídica.
  4. El proceso como situación o serie de situaciones jurídicas.

**VI. CLASES DE PROCESOS.****A) POR SU FUNCION.**

1. El proceso declarativo.
2. El proceso ejecutivo.
3. El proceso cautelar.

**B) POR SU ESTRUCTURA.**

1. Proceso dispositivo y oficial.
2. Proceso penal acusatorio, inquisitivo o mixto.

**BIBLIOGRAFIA.****TEMA II****LA EXTENSIÓN DEL DERECHO PROCESAL. SUS FUENTES****I. ENCUADRAMIENTO DEL DERECHO PROCESAL.**

1. La relatividad histórica de los conceptos.
2. Proceso y Constitución.
3. El carácter publicístico del proceso y sus consecuencias.
4. La disponibilidad por las partes de ciertas normas procesales.

**II. NORMAS PROCESALES Y NO PROCESALES.**

1. El criterio de la colocación sistemática de la norma.
2. El criterio del contenido y de la función de la norma.

**III. INTERPRETACION DE LAS NORMAS PROCESALES.**

1. El elemento gramatical.
2. El elemento histórico.
3. El elemento sistemático.
4. El elemento teleológico.
5. La Jurisprudencia y sus problemas.

**BIBLIOGRAFIA.****TEMA III****I. DIVERSIDAD DE ENFOQUES EN CUANTO AL ESTUDIO PROCESAL DE LA ACCION.**

1. Generalidades.
2. Doctrinas monoistas.
3. Doctrinas pluralistas.
4. Relatividad del concepto de acción y sus relaciones con lo político.
5. Conceptos de la «acción».
6. La pretensión como derecho y como acto.
7. La acción y la pretensión en materia penal.
8. Clases de pretensiones.
  - A) De cognición.
    - a) De mera declaración.

- B) Declarativas de condena.
  - C) Ejecutivas.
  - D) Constitutivas.
    - a) Voluntarias.
    - b) Necesarias.
  - E) Las pretensiones «en defensa de intereses difusos».
9. Pretensiones penales y no penales.
  10. Pretensiones plenarias y sumarias.
  11. Pretensiones de fondo e instrumentales (Cautelares).

## BIBLIOGRAFIA.

### TEMA IV

- I. CONCEPTO DE JURISDICCION.
  1. Acepciones de la expresión. Definiciones.
  2. Naturaleza de la Jurisdicción.
- II. DIFERENCIAS ENTRE JURISDICCION, LEGISLACION Y ADMINISTRACION.
  1. Jurisdicción y Administración.
  2. Jurisdicción y Legislación.
- III. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y SUS GARANTIAS.
  1. La inamovilidad judicial.
  2. Prohibiciones e incompatibilidades.
  3. Responsabilidades:
    - A) Disciplinarias.
    - B) Civil.
    - C) Penal.
  4. Garantías de los justiciables.
    - A) Abstención del Juez.
    - B) Recusación.
- IV. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE JUECES Y MAGISTRADOS.
  1. La «obligación de administrar justicia».
  2. Los derechos a la inmunidad, etc.
  3. Derechos honoríficos.
  4. El derecho a la independencia económica.
  5. Los derechos de asociación.
- V. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA JURISDICCION.
  1. Su extensión.
  2. Excepciones al principio.
    - A) La Jurisdicción castrense.
    - B) La Jurisdicción de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.
    - C) Los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

- VI. LIMITES DE LA JURISDICCION.
  - 1. La territorialidad y sus excepciones.
  - 2. Sus vínculos.
  - 3. La «sumisión».
  
- VII. LOS «ORDENES JURISDICCIONALES».
  - 1. Su necesidad.
  - 2. Su deslinde y dificultades.
  
- VIII. CONFLICTOS DE JURISDICCION.
  
- IX. «CONFLICTOS DE COMPETENCIA».
  - 1. Terminología legal inexacta.
  - 2. Su resolución.
  - 3. Sus especies.
  - 4. El procedimiento.
  
- X. «CUESTIONES DE COMPETENCIA».
  
- XI. RELACIONES ENTRE LOS DIVERSOS ORGANOS JURISDICCIONALES LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.
  - 1. La «conexión».
  - 2. Sistemas para resolver las cuestiones prejudiciales.
  
- XII. ORGANOS JUDICIALES EN LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.
  
- XIII. ESPECIES DE JURISDICCION.
  - 1. Ordinaria y especiales.
  - 2. Contencioso y voluntario.

#### BIBLIOGRAFIA.

### TEMA V

#### ALGUNOS PROBLEMAS EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS TRIBUNALES

- I. TRIBUNALES DE JUECES TECNICOS O NO TECNICOS EN DERECHO.
  - 1. Problema de su reclutamiento.
  - 2. Especies.
    - A) Tribunales de Jurados.
    - B) Tribunales de escabinos.
    - C) Otros tipos de Tribunales de «Jueces legos».
  
- II. JUECES INDIVIDUALES Y COLEGIADOS («TRIBUNALES»)
  - Los votos particulares.

III. TRIBUNALES EN UNA O VARIAS INSTANCIAS.

1. El problema de «las instancias».
2. Las posibles amplitudes de la segunda instancia.
3. El problema de las instancias en lo penal.

BIBLIOGRAFIA.

**TEMA VI**

**LOS TRIBUNALES ESPAÑÓLES**

I. LA ORGANIZACION DE LOS TRIBUNALES ESPAÑÓLES.

1. Excesos en el contenido de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985.
2. Sistemática de esta exposición.
  - A) El Tribunal Supremo.
  - B) La Audiencia Nacional.
  - C) Los Tribunales Superiores de Justicia.
  - D) Las Audiencias Provinciales. Sus múltiples competencias.
  - E) Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción. Sus múltiples competencias.
  - F) Los Juzgados de lo Penal.
  - G) Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.
  - H) Los Juzgados en materia Social.
  - I) Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.
  - J) Los Jueces de Menores.
  - K) El problema de los Jueces de Peligrosidad.
  - L) Los Jueces de Paz. Su problemática.
  - M) Los Jueces en régimen de provisión temporal.
  - N) El régimen transitorio a la nueva Organización.

II. LOS AUXILIARES Y COOPERADORES DE LOS TRIBUNALES EN LA OBTENCION DE LA JUSTICIA.

- A) Idea general.
- B) Régimen.
- C) Reclutamiento.
- D) Correcciones disciplinarias.

III. ADSCRIPCION DE FUNCIONARIOS DE OTROS ORDENES.

IV. PLANTA DEL SECRETARIO JUDICIAL.

V. FUNCIONES DE LOS SECRETARIOS JUDICIALES.

VII. LA POLICIA JUDICIAL.

VIII. LOS MEDICOS FORENSES.

IX. OTROS AUXILIARES.

X. EXAMEN ESPECIAL DEL MINISTERIO FISCAL.

XI. EXAMEN ESPECIAL DEL ABOGADO.

XII. EXAMEN ESPECIAL DEL PROCURADOR.

XIII. EXAMEN DEL ACTOR POPULAR.

BIBLIOGRAFIA.



**TEMA VII****LOS TRIBUNALES DESDE EL PUNTO DE VISTA ADMINISTRATIVO**

- I. IDEA GENERAL DEL TEMA.
- II. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.
  1. Competencias.
  2. Planta.
  3. Funcionamiento.
- III. LAS SALAS DE GOBIERNO DEL TRIBUNAL SUPREMO, TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y AUDIENCIA NACIONAL.
  1. Planta.
  2. Competencias.
- IV. LOS PRESIDENTES DE LOS TRIBUNALES Y «AUDIENCIAS PROVINCIALES».
  1. Ambito de su representación.
  2. Funciones.
- V. LOS PRESIDENTES DE SALA Y LOS JUECES.
- VI. LOS JUECES DECANOS Y LAS JUNTAS DE JUECES.
  1. Los Jueces Decanos.
  2. Las Juntas de Jueces.
  3. Funciones del Juez-Decano.
  4. El reparto de los asuntos.
- VII. LA INSPECCION DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES.
- VIII. LAS SECRETARIAS DE GOBIERNO.
- IX. LA COOPERACION JURISDICCIONAL.
  1. La interna española.
  2. La internacional.

**BIBLIOGRAFIA.****TEMA VIII****LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES**

- I. CONCEPTO.
- II. CLASES DE COMPETENCIA.
  1. Funcional.
  2. Objetiva.

- A) Por razón de cuantías dinerarias.
- B) Por razón de la naturaleza no dineraria del objeto.
- C) Competencias penales específicas por razón de los sujetos.
- D) Competencias sociales específicas por razón del objeto y de los sujetos.

III. LA COMPETENCIA TERRITORIAL: CUESTIONES DE COMPETENCIA.

- 1. Cuestiones civiles de competencia.
- 2. Cuestiones penales de competencia.
- 3. Cuestiones laborales de competencia.
- 4. Cuestiones contencioso-administrativas de competencia.

BIBLIOGRAFIA.

**TEMA IX**

PRINCIPIOS POLÍTICOS Y TÉCNICOS DEL PROCESO

- I. EL PRINCIPIO DEL DERECHO PROCESAL LEGAL O JURISPRUDENCIAL.
- II. LOS PRINCIPIOS DE UNIDAD O DE SEPARACION DE LOS PROCESOS.
- III. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE OPORTUNIDAD DEL PROCESO.
- IV. PRINCIPIOS QUE AFECTAN DIRECTAMENTE AL PROCESO.
- V. PRINCIPIOS TECNICOS DEL PROCESO.

**TEMA X**

LAS PARTES EN EL PROCESO

*PRIMERO: LAS PARTES.*

- I. CONCEPTO.
- II. CAPACIDAD PARA SER PARTE.
  - 1. Parte en sentido material y formal o procesal.
  - 2. Capacidad para ser parte en los procesos civil, penal y contencioso-administrativo.
    - A) Capacidad para ser parte civil.
    - B) Capacidad para ser parte en el proceso laboral.
    - C) Capacidad para ser parte en el proceso contencioso-administrativo.
    - D) Capacidad para ser parte en el proceso penal.
- III. CAPACIDAD PROCESAL.
  - 2. La capacidad procesal en el proceso civil.
    - A) Personas físicas.
    - B) Personas jurídicas.

2. La capacidad procesal en el proceso laboral.
  3. La capacidad procesal en el proceso contencioso-administrativo.
  4. La capacidad procesal en el proceso penal.
    - A) Activa.
    - B) Pasiva.
- IV. LEGITIMACION.
1. Ideas generales.
  2. La legitimación en el proceso civil.
  3. La legitimación en el proceso laboral.
  4. La legitimación en el proceso contencioso-administrativo.
  5. La legitimación en el proceso penal.
    - A) Legitimación activa: el Ministerio Fiscal.
    - B) Legitimación activa: el «actor popular» (arts. 101 y 110).
    - C) Legitimación activa: El «actor particular» (art. 104).
    - D) Legitimación activa: el acusador privado.
    - E) Legitimación pasiva: el delincuente.
  6. La legitimación en el proceso civil de resarcimiento anexo al penal.
  7. Tratamiento legal de la legitimación.
- V. CAPACIDAD DE POSTULACION.
- VI. LA DEFENSA TECNICA.

*SEGUNDO: LA PLURALIDAD DE PARTES.*

- I. EL LITISCONSORCIO.
1. Concepto.
  2. Especies de litisconsorcio.
    - A) Voluntario.
    - B) Necesario.
    - C) Cuasi-necesario.
- II. LA INTERVENCION.
- A) Principal.
  - B) Adhesiva.
  - C) Forzosa.
- III. EL CAMBIO O SUSTITUCION DE PARTES.
- BIBLIOGRAFIA.

## TEMA XI

### LOS ACTOS PROCESALES

- I. HECHOS Y ACTOS PROCESALES.
- II. CLASIFICACION DE LOS ACTOS PROCESALES.
- III. LOS PRESUPUESTOS (REQUISITOS) DE LOS ACTOS PROCESALES.
  1. La voluntad y sus vicios.
  2. Los presupuestos procesales.
  3. El tiempo de los actos procesales.

- A) Términos.
  - B) Plazos.
  - 4. El lugar de los actos procesales.
  - 5. La «forma» de los actos procesales.
- IV. LOS ACTOS PROCESALES DE LAS PARTES.
- 1. Actos de postulación (de «obtención»).
  - 2. Actos procesales dispositivos (de «causación»).
- V. LOS ACTOS DEL JUEZ.
- 1. Actos de ordenación e impulso.
  - 2. Actos de resolución.
    - A) Providencias.
    - B) Autos.
    - C) Acuerdos.
    - D) Sentencias.
  - 3. Elaboración formal de las resoluciones judiciales.
  - 4. Clasificación de las sentencias.
  - 5. Actos de coerción directa.
- VI. LOS ACTOS DEL SECRETARIO JUDICIAL.
- VII. LOS ACTOS DE LOS OFICIALES JUDICIALES.
- VIII. ACTOS DE LOS AGENTES JUDICIALES.
- IX. ACTOS DE LOS AUXILIARES JUDICIALES.
- X. ACTOS DE LA POLICIA JUDICIAL.
- XI. ACTOS DE LOS MEDICOS FORENSES.
- XII. ACTOS DE OTROS AUXILIARES DE LOS TRIBUNALES.
- BIBLIOGRAFIA.

## TEMA XII

### EL PROCEDIMIENTO

- I. CONCEPTO.
- II. SISTEMATICA A SEGUIR.
- III. DIFERENCIACION DE LOS SISTEMAS DE PRINCIPIOS PROCEDIMENTALES POR RAZON DE LAS FACULTADES DE JUECES Y PARTES.
  - 1. Principios dispositivo y oficial. Sus acepciones.
  - 2. El principio del «contradictorio» y la carga de la prueba.
  - 3. Proceso a instancia de parte, o «*ex officio*».
  - 4. Principios de oportunidad y de legalidad.
  - 5. El principio dispositivo «en el interior» del proceso y procedimiento.
  - 6. El principio de impulso oficial o de las partes.
  - 7. El principio de obtención de la «verdad material» o «formal».
  - 8. El principio de la prueba legal y la de libre apreciación.

#### IV. DIFERENCIACION DE LOS PROCEDIMIENTOS POR SU «FORMA EX TERNA».

1. Principios de oralidad y de escritura y de intermediación o mediación.
  - A) La oralidad.
  - B) La intermediación.
2. El principio de concentración.
  - A) De las actuaciones procesales.
  - B) Del contenido del proceso.
3. El principio de escritura.
  - A) El principio rígido de «orden legal de los actos».
  - B) El principio de preclusión «rígida».
  - C) El principio de eventualidad.
4. Los principios de publicidad.
  - A) Para las partes.
  - B) General.

#### BIBLIOGRAFIA.

### TEMA XIII

#### LA PRUEBA

- I. CONCEPTO.
- II. CLASIFICACIONES POSIBLES DE LA PRUEBA.
- III. FUNCION DE LA PRUEBA.
- IV. FUENTES DE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA.
- V. NATURALEZA JURIDICA DE LAS NORMAS DE PRUEBA.
- VI. OBJETO DE LA PRUEBA.
  1. Hechos.
    - A) La «Ciencia privada del Juez».
    - B) Los hechos confesados o no controvertidos.
    - C) Los hechos notorios.
    - D) Las «máximas de la experiencia».
  2. Las costumbres.
  3. El Derecho extranjero.
  4. Los hechos protegidos por una presunción legal.
- VII. LA CARGA DE LA PRUEBA.
  1. Ideas generales.
  2. La distribución de la carga de la prueba en lo civil.
  3. Casos de inversión de la carga de la prueba.
  4. La carga de la prueba en el proceso laboral.
  5. La carga de la prueba en el proceso penal.
- VIII. LA APRECIACION DE LA PRUEBA: SUS SISTEMAS.
  1. Prueba tasada o legal.
  2. Prueba «en conciencia» o libre.
  3. Prueba «según las reglas de la sana crítica».

- IX. MEDIOS DE PRUEBA.
- X. LA PRUEBA ADELANTADA.
- BIBLIOGRAFIA.

#### **TEMA XIV**

### **LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN**

- I. CONCEPTO.
- II. TIPOS DE ERRORES O VICIOS.
- III. LOS REMEDIOS.
- IV. LOS RECURSOS. SU CLASIFICACION.
- V. LA APELACION.
- VI. LA CASACION.
- VII. EL LLAMADO «RECURSO DE REVISION».
- VIII. EL «RECURSO» DE AUDIENCIA AL REBELDE.
- IX. LOS RECURSOS DE «QUEJA».
- X. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE IMPUGNACION.
- XI. LA NATURALEZA JURIDICA DE LA RESOLUCION IMPUGNADA.
- XII. EL GRAVAMEN.
- XIII. LA «REFORMATIO IN PEIUS».
- BIBLIOGRAFIA.

#### **TEMA XV**

### **LA COSA JUZGADA**

- I. GENERALIDADES.
- II. LA COSA JUZGADA «FORMAL» Y LA COSA JUZGADA «MATERIAL».
- III. LA COSA JUZGADA «FORMAL».
- IV. LA COSA JUZGADA «MATERIAL».
  - 1. Naturaleza jurídica de la cosa juzgada material.
    - A) Doctrina materialística.
    - B) Doctrina procesalística.
    - C) Posición propia.
    - D) A apreciar o no «de oficio».
- V. LIMITES OBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA.
  - 1. En lo civil.
  - 2. En lo penal.
- VI. LIMITES SUBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA.
  - 1. En lo civil.
  - 2. En lo pcnal.

- VII. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUTIVAS.
  - VIII. OTRAS SENTENCIAS QUE SURTEN EFECTOS DE COSA JUZGADA MATERIAL.
    - 1. Las sentencias de absolución en la instancia.
    - 2. Las sentencias recaídas en los juicios sumarios.
  - IX. LIMITES TEMPORALES DE LA COSA JUZGADA.
  - X. TRATAMIENTO DE LA COSA JUZGADA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.
  - XI. OTROS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS.
    - 1. Como hecho jurídico.
    - 2. Como documento público.
    - 3. Efectos recíprocos de las sentencias civiles y penales.
    - 4. La ejecutabilidad de las sentencias.
- BIBLIOGRAFIA.

## TEMA XVI

### LAS COSTAS

- I. CONCEPTO Y CLASIFICACION.
  - II. SISTEMAS DE IMPOSICION DE LAS COSTAS.
  - III. CONTENIDO DE LAS COSTAS EN LO CIVIL.
  - IV. CRITERIOS PARA LA IMPOSICION DE COSTAS EN EL PROCESO CIVIL.
  - V. LAS COSTAS EN EL PROCESO LABORAL.
  - VI. CONTENIDO DE LAS COSTAS EN EL PROCESO PENAL.
  - VII. CRITERIOS PARA LA IMPOSICION DE COSTAS EN EL PROCESO PENAL.
  - VIII. TASACION Y EXACCION DE LAS COSTAS.
  - IX. PROCESO ESPECIAL EN FAVOR DE ABOGADOS Y PROCURADORES PARA PERCIBIR SUS HONORARIOS.
- BIBLIOGRAFIA.

## TEMA XVII

### LA GRATUIDAD DE LA JUSTICIA

- I. CONCEPTO DEL PROCESALMENTE «POBRE».
- II. EL FUNDAMENTO DE LA JUSTICIA GRATUITA.
- III. EL BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA EN ESPAÑA.
  - 1. El concepto de «insuficiencia de recursos».
  - 2. La insuficiencia de recursos en las personas físicas.
  - 3. El contenido del Beneficio de Justicia Gratuita.
  - 4. Las «multas procesales».
  - 5. Los «daños y perjuicios procesales».

BIBLIOGRAFIA.

# La accesión industrial

## (Especial atención al Derecho catalán) (\*)

SUSANA NAVAS NAVARRO  
Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Barcelona

*A José María y Pilar, con cariño*

**SUMARIO:** I. El Usatge «*Si quis in alieno*» y las impensas posesorias (*Bosquejo histórico*): 1.— El que construye, siembra, planta o rotura en suelo ajeno es poseedor; 2.— La buena y la mala fe en la accesión. El Derecho Intermedio; 3.— Gastos y mejoras: las impensas posesorias; 4.— La *exceptio doli* y el derecho de retención; 5.— Obra nueva: mejora; 6.— Addenda: La jurisprudencia del TS en torno al Usatge *Si quis in alieno*; II. Los antecedentes inmediatos del artículo 278 Comp.; III. La accesión industrial en el Derecho catalán (Análisis del artículo 278 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña): 1.— La accesión como modo de adquirir previo pago del importe de los materiales, semillas y jornales de los operarios; 2.— El art. 278 Comp. es un supuesto de mejora-gasto útil. Soluciones normativas: 2.1.— El aumento de valor; 2.2.— La compra del terreno según el art. 361 Cc; 2.3.— La demolición en caso de mala fe; 2.4.— Gastos de puro lujo o de mero recreo. El *ius tollendi*; 3.— La buena y la mala fe en el art. 278 Comp.: 3.1.— Previo; 3.2.— La opinión de la doctrina. La tesis de Carrasco. Mi opinión; 4.— Ambito subjetivo de la accesión; 4.1.— Planteamiento de la cuestión; 4.2.— El presupuesto subjetivo del derecho de retención; 4.3.— La jurisprudencia del TS; 4.4.— Conclusión; 5.— El derecho de retención en el art. 278 Comp. *Su ejercicio y extinción*: 5.1.— El ejercicio del derecho de retención; 5.2.— La extinción del derecho de retención; 5.3.— La declaración de la cantidad a abonar.

Nuevamente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha tenido ocasión de enfrentarse con un supuesto en el que había de aplicarse la

---

(\*) Este estudio fue concluido en 1993.



norma relativa a la accesión o, como también se ha denominado, el derecho de accesión. Me refiero, en concreto, al art. 278 de la Compilación catalana. Precepto éste que es el único que se cuida de la accesión y, sin embargo, no dejan de ser infrecuentes los casos que aparecen en el foro.

El litigio que dio origen a la sentencia de 1 de marzo de 1993 aparece marcado, como tantos otros, por la presencia de actos posesorios tolerados o consentidos sobre unas fincas en las cuales se realizan siembras, plantaciones y se edifica una granja. Todo ello con la anuencia del propietario de las mismas que, a su vez, era el padre del edificante. El Tribunal Superior reconoce el derecho de retención con el fin de que cobre el precio de los materiales, de las semillas y los jornales de los operarios por «...*les construccions, plantacions i millors fetes pel fill...*» (Fto. de Derecho n.º 9). Dichas mejoras supusieron la obtención de unas plusvalías en las fincas. La cuestión que se suscita es la siguiente: de acuerdo con el artículo 278 CDCC el constructor sólo puede reclamar los conceptos antes indicados si lo es de buena fe; ahora bien y dado que se ha producido un aumento de valor, ¿no podría el propietario del suelo optar por abonar éste? Nótese que es ésta la solución que aporta el Código civil en el art. 453 al cual se remite el artículo 361 del mismo cuerpo legal. Sobre ello insistiré posteriormente. Por ahora, sólo quiero poner de relieve el interrogante en cuestión junto con otros que se pueden formular tras la lectura del precepto cuyo análisis me ocupa. En este sentido, se puede plantear si cabe aludir a la tradicional trilogía en materia de gastos respecto a la regulación del art. 278 o, en cambio, debe prescindirse de ella ya que el precepto *edifica* —valga la expresión— su normativa, exclusivamente, bajo el principio de la buena o de la mala fe; si el antecitado precepto está, implícitamente, haciendo referencia a una mejora con el consiguiente desembolso del denominado gasto útil; si el precepto se enmarca dentro de un cuadro más general, cual es la doctrina del enriquecimiento injusto, etc... A todas estas problemáticas —como a posteriores que vayan surgiendo— intentaré dar solución sin desdeñar, por supuesto, las respuestas que se aportaron por los clásicos catalanes del s. XVI y siguientes los cuales no fueron ajenos a esta polémica y trataron los diferentes aspectos que se contemplaban bajo el fenómeno de la accesión.

#### I. EL USATGE «*SI QUIS IN ALIENO*» Y LAS IMPENSAS POSESORIAS. *Bosquejo histórico*

Se suele señalar por la doctrina que el antecedente mediato del actual art. 278 Comp. es el conocido Usatge «*Si quis in alieno*» en el que se contemplaban dos supuestos según existiera un vínculo jurídico entre el edificante y el propietario del suelo o no. El Usatge decía así:

«Si algu en lo sol de altre de sa propria materia edificara casa, de aquell sie la casa de qui sera lo sol; pero si a bona fe haura edificat creent lo sol esser seu, poras retenir la casa fins que lo preu de la materia e lo loguer dels mestres li sie restituit. Mas si ab mala fe, sabent que edificava en sol de altre contra voluntat del senyor, es vist haver coratge de donar. Mas si per dret de loguer o de conductions voluntariamente, si sens culpa del senyor no forçant lo alguna necessitat, desamparara la casa, no cobrara lo preu de la materia ni lo loguer dels mestres: pero si per culpa del senyor o forçat per necessitat la casa desamparara, axi com per fam de aquella regio o per guerra o per oppressio de algun potent, lavors lo senyor es forçat de retre li lo preu de la materia, compensat si alguna cosa li deu per lo loguer de la casa; e qualsevol cosas qui sien ditas de aquell qui a bona fe e a mala fe edifica, totas sien entesas de aquell qui sembra o planta o la silva infructuosa deneja» (1).

Sólo el primero de los supuestos de hecho nos ha sido legado y en él voy a centrar la investigación (2). Se trata de un edificante poseedor

---

(1) D'ABADALI VINYALS, R. y VALLS TABERNER, F. «Usatges de Barcelona» Imprenta de La Casa Provincial de Caritat. Barcelona (1913). también en el Libro VII, Título I, Constitución única del volumen 1.º de las Constituciones y altres drets de Catalunya.

(2) En relación con el arrendatario y, concretamente, respecto a las impensas que puede recuperar destaca CANCER, J. que el Usatge discrepa respecto del Derecho común. En este «... de iure Communi colonus, sive inquilinus, repetiam expensas etiam utiles, quas fecit in re conducta, etiam extra domini voluntatem, dummodo non valde oneret dominum, et per eas sic facta res majoris pretii, ut superius (...) sive locatio sid facta al longum tempus, sive non: et procedit etiam sive locatio finita sit tempore, sive culpa conductoris...» Y Añade, por contraste, que «in nostro autem textu manifeste contrarium disponitur, ut si conductor voluntarie ante finitum tempus conductionis a domo discedat, expensas per eom in ea factas non repetat». («Variarum resolutionum iuris Universalis Caesarei, Pontificii, et municipalis Principatus Cathaloniae» Pars. II Cap. VI Lugduni (1712) folio n.º 132 n.º 79-83). En cambio, si abandona la casa debido a culpa del dueño o por otra justa causa se admite que el arrendatario detraiga «expensas utiles quas in re conducta fecit...» (n.º 84). Por justa causa debe entenderse según el propio jurista «...si inquilinus ruinam metuat, etiamsi venera nullum adhuc subsit periculum, sed tantum probabiliter evenire posset...Item si famas, pestis, vel bellum superveniat...» (folio n.º 133 n.º 85). También se refiere a este supuesto MARQUILLES, J. «Commentaria super Usatici Barchinone» Barchinonis J. Luschmer (1505) en folio n.º 397.

En este punto no es impertinente recordar la crisis económica y demográfica provocada por las epidemias y la Peste Negra de 1348 que padeció la población catalana de la segunda mitad del siglo XIV y de todo el XV de la que dan razón VICENS VIVES, J. «Noticia de Cataluña», pp. 32 y ss.; PONS GURIS, J. M.<sup>3</sup> «Motivaciones jurídicas de la Sentència Arbitral de Guadalupe» en «Recull d'estudis d'Història jurídica catalana» V. III Fundació Noguera. Barcelona (1989) p. 264; SALRACH, J. M.<sup>3</sup> «La Corona de Aragón» T. IV «Feudalismo y consolidación de los Pueblos Hispánicos» (siglos XI-XV) en Historia de España dir. por Tuñón de Lara, m. Ed. Labor 2.<sup>a</sup> edic. (1980). 308.

que construye, planta, siembra o rotura en suelo ajeno sin que exista ningún tipo de relación jurídica con el propietario de éste.

J. Marquilles consideró que el Usatge «*Si quis in alieno*» podía dividirse en seis partes aunque centró la atención, básicamente, en la buena o mala fe del edificante/constructor. La primera parte en que divide la norma en cuestión es a modo de presentación de lo que estatuye el Usatge: *edificante in alieno solo punit* (3). A partir de aquí se diferencia según la buena o mala fe: *In secunda edificante bona fide remunerat; in tertia edificante mala fide condempnat*. Las tres partes restantes aparecen descritas del siguiente modo por el comentarista: «*In quarta declarat conductore sine culpa oxi domu deserente aducta puniri. In quinta aenectit a ductore incitate conpulso domu deserente aductam repari. In sexta concludit id quo dictu est de hedificante bona vel mala fide, idem intelligat in seminate*» (4).

La doctrina de Marquilles es acogida, posteriormente, por Jaime Cáncer (5). Es menester destacar que los Doctores catalanes no se apartan del análisis de los demás juristas del Derecho Común o romano-común, como guste denominarse al Derecho de esta época. El mismo Cáncer recuerda que «*concordat hic text serè in omnibus eius partibus, cum iure Communi...*» (6).

El análisis de la accesión ha sido —y entiendo sigue siendo— casuístico. En esta dirección los juristas van señalando y comentando cada una de las posibles hipótesis en que se pueden encontrar edificante y dueño del suelo haciendo conjugar todos los elementos del supuesto de hecho del Usatge. Ello es necesario para determinar los efectos jurídicos de cada una de ellas. Así pues voy a dirigir mi análisis hacia cada uno de los elementos que conforman la *species facti* de la accesión para obtener una visión de conjunto de la misma a lo largo de la historia del Derecho.

## I. EL QUE CONSTRUYE, SIEMBRA, PLANTA O ROTURA EN SUELO AJENO ES POSEEDOR

Tanto la doctrina clásica como la moderna ha venido planteándose la conveniencia de aplicar la normativa de la accesión a aquellas hipótesis, como el contrato de arrendamiento, en las que existe un vínculo jurídico entre los sujetos. En general, se sostiene que cuando existe dicho vínculo la temática de las mejoras y gastos realizados debe anali-

---

(3) Obsérvese que el punto de vista que se adopta cuando se comenta el Usatge es el del propietario del suelo: el edificante poseedor se inmiscuye en una esfera ajena y por eso se le sanciona.

(4) MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 396.

(5) CÁNCER, J. *op. cit.* folios n.ºs 129-130-131.

(6) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 2.

zarse y resolverse de acuerdo con los criterios establecidos por las partes y, en su defecto, por lo que determine la ley. La accesión queda, por tanto, como normativa aplicable supletoriamente a los supuestos que, como he señalado, no se hallan regulados por las partes (7). Sin embargo, es necesario señalar que en materia de gastos y mejoras, ya desde el Medievo, se agrupaban todas las hipótesis, sin distinción, estudiándose en sede de IMPENSAS POSESORIAS. De ahí que autores catalanes de fines del s. XIX y principios del s. XX al hacer referencia a la accesión y al Usatge en el texto transcrito, aludan, sin ninguna discriminación, al depositario, comodatario, mandatario, tutor, gestor oficioso y arrendatario (8). A mi modo de ver la cuestión queda ya apuntada en el propio Derecho común. En este sentido es significativa la opinión

---

(7) ALBALADEJO GARCÍA, M. «Derecho civil» (Derechos reales) T. III V. I 2.<sup>a</sup> edic. (1989) revisada por J. M. GONZÁLEZ PORRAS pp. 305-306; LACRUZ BERDEJO, J. L. et alí «Elementos de Derecho civil» T. III V. I p. 161; Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. «Fundamentos de Derecho civil patrimonial» (1978) T. II pp. 212-213 (considera este autor que «las normas reguladoras de las mejoras en cada institución concreta no son absolutamente incompatibles con las normas de la accesión»); ANGEL YAGÜEZ, R. de «La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del artículo 361 del Código civil» La Ley (1985-4) p. 497; LÓPEZ VILAS, R. «Comentario del Código Civil» T. I Ministerio de Justicia p. 1007. Con anterioridad, vid. MANRESA NAVARRO, J. M.<sup>a</sup> «La segunda cuestión a que nos referimos es si el art. 361 es aplicable a aquellos casos en los que el que edifica, planta o siembra sea arrendatario, enfiteuta o usufructuario del terreno de que se trata. Indudablemente que no. El mismo autor citado (se refiere a SÁNCHEZ ROMÁN) entiende, de acuerdo con nuestra opinión, que deberán tales casos resolverse con arreglo a los principios generales aplicables a tal supuesto en el arrendamiento, enfiteusis y usufructo»; y así, por lo que respecta al primero de dichos contratos resulta confirmado en la sentencia de 28 de febrero de 1906» («Comentarios al Código Civil español» T. III Madrid, 1910 3.<sup>a</sup> edic. p. 210).

Para el Derecho catalán destaca PUIG FERRIOL, L. que «Es cert que darrerament s'ha defensat l'aplicació del dret de retenció que estableix l'article 278 sempre que tinguin lloc en virtut o como a conseqüència de relacions obligacional entre l'amo i el retenedor (MIRO I GILI). Però la sistemàtica del precepte és contrària a la interpretació extensiva del dret de retenció ex article 278. L'afirmació ens sembla més segura després de la vigència de la Llei catalana 22/1991, de garanties possessòries sobre cosa moble, d'acord amb la qual el dret de retenció es pot exercitar en base als supòsits que explica el seu article 3, i per consegüent l'àmbit d'aplicació de l'article 278 es refereix al cas particular de les relacions entre el posseïdor i el propietari. A més cal tenir present que l'article 278 sols reconeix el dret de retenció al constructor de bona fe; i segons l'usatge Si quis in alieno la bona fe del contractista es fonamentava en el fet de que creia que el sòl era seu; i si existia una relació jurídica entre el propietari i el constructor, sembla poru clar que el constructor havia de conèixer que edificava en terreny d'altri, i per consegüent mai pot tenir la consideració de constructor de bona fe (JUANOLA I SOLER)» («Institucions del Dret de Catalunya» Part. General. Obligacions i Contractes. Drets reals. V. I 4.<sup>a</sup> edic. p. 280 junto con ROCA TRÍAS, E.). Vid. con criterio erróneo, MIRÓ I GILI, M. «El dret de retenció d'immobles a Catalunya. Àmbit d'aplicació» RJC (1992,4) p. 913; JUANOLA I SOLER, J. «Dret d'accessió» en «Simposi Dret civil de Catalunya» (1989) p. 87 y ss.

(8) BROCA y MONTAGUT, G. M.<sup>a</sup> y AMELL y LLOPIS, J. «Instituciones del Derecho civil catalán» T. II 2.<sup>a</sup> edic. Barcelona (1886) p. 5; PELLA y FORGAS, J. «Código civil de Cataluña» T. II Barcelona (1917) p. 82.

que expresa Jaime Cáncer —común en los juristas del Medievo— acerca del sujeto que edifica en suelo del cual ostenta un dominio resoluble: «...*et ratione suae commoditatis, dum rem detinet, aut alias ratione iuris, quod in illa re habet, aedificat, cessare dictam regulam et per consequens nostri usatici, quia cessat animus donandi, ut marito, creditore, emphyteuta...*» (9). Ahora bien, incluye al acreedor y A. Vinnio comprenderá, dentro de estas hipótesis, al colono o inquilino. En concreto, pone como ejemplo del cese del *animus donandi* el del inquilino que edifica en terreno arrendado pues sostiene que no lo hizo con intención de donar sino para usar más cómodamente la casa y habitar en ella (10). El fenómeno de la accesión, pues, pretende solucionar un conflicto de intereses en el que no existe ninguna relación jurídica entre los contendientes. No obstante, el hecho de que el Usatge no se aplique a las hipótesis en las que existe una previa relación jurídica no conlleva necesariamente que, en el caso de la edificación propia de la accesión, el constructor no sea poseedor. Antes bien *debe serlo*. Y esta rotunda aseveración no se desmiente ante la constatación de que se diferenciara por los juristas según el edificante poseyera o no la cosa para otorgarle determinados derechos y acciones a fin y efecto de recuperar las impensas realizadas. *El edificante no poseedor es el que ha perdido la posesión*: era poseedor, sin embargo, ha dejado de serlo en virtud de un acto ajeno a su voluntad. Por ello destaca Vinnio la opinión de Cujacio según el cual el edificante que no posee puede reclamar la posesión por la *condición de lo incierto* y de este modo conseguir sus impensas oponiendo la excepción de dolo malo contra el demandante (11). La idea está en consonancia con el comentario, que realiza el propio Vinnio, a la que denomina la tercera especie de accesión: la siembra. En relación con la misma afirma que «si, empero, uno sembró a su costa un fundo de otro, y lo hizo con buena fe, si se encuentra en posesión podrá por medio de la retención conseguir las impensas hechas oponiendo la excepción de dolo malo si la cosa fuere vindicada; *pero si hubiere perdido la posesión no tiene acción ninguna para conseguir las impensas...*» (12).

Ahora bien, no sólo ha de ser poseedor, sino poseedor en *concepto de dueño*. Cáncer afirma «*si autem non nomine suo possideret, sed no-*

---

(9) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.º 19.

(10) VINNIO, A. «Comentario académico y forense» anot. por J. GOTTLIEB HEINECCIO T. I Barcelona. Imprenta de José Torner (1846) p. 261.

(11) VINNIO, A. *op. cit.* p. 262. La opinión es consecuente con la derivación de la excepción de dolo en el derecho de retención el cual, para que se efectivo, requiere la posesión de la cosa en o sobre la cual se realizaron las impensas.

(12) VINNIO, A. *op. cit.* p. 266. En las notas de A. VINNIO y J. G. HEINECCIO señalaba que «dice, en caso que posea; pues que sino poseyere no tiene acción ninguna por la que pueda conseguir el precio de la materia y las impensas hechas» (*ob. últ. cit.* p. 260 «*In possessione constituto*»).

*mine domini, ut sunt commodatarius, depositarius, creditor, socius, mandatarius, tutor, negotiorum gestor, deducunt impensas necessarias in re facta, etiam re perempta*», mientras que en los supuestos en los que se posee *nomine proprio* las impensas no se cobran si la cosa ha perecido (13). La afirmación, como puede observarse, se hace a los efectos de determinar qué impensas son recuperables por el sujeto-constructor. Pero, a mi entender, dice mucho más. Está admitiendo que el edificante es un *poseedor* y, concretamente, un *poseedor en concepto de dueño* («*nomine suo possideret*»). La cuestión no puede pasar desapercibida ya que será una constante en momentos históricos posteriores hasta llegar al vigente Código civil. Baste, por ahora, destacar el análisis del art. 555 *Code*, por F. Laurent, en el cual manifestará que el edificante de buena fe es tercero poseedor en concepto de dueño.

El tercero que edifica es, para el Derecho Común, *poseedor*. Y creo que ello no ofrece duda ya que todos los juristas estudian el objeto de esta investigación en una doble sede. Se parte de la base de que la accesión es un modo de adquisición de la propiedad y así perduraría hasta llegar al vigente Código civil (14). Pero, posteriormente, en

---

(13) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.ºs 45-46.

(14) En Derecho romano la accesión se regulaba como un modo de adquirir el dominio en virtud del poder de atracción real de que gozaba el derecho de propiedad en Roma. De ahí el adagio *omne quod inaedificatur solo cedit*: Gayo 2. 73; D. 9.2.50 [B. BIONDI «*Istituzioni di Diritto Romano*» Milano (1965) p. 245; P. BONAFANTE «*Istituzioni di Diritto Romano*» p. 215; VOCI. P. «*Modi di acquisto della proprietà*» (Curso di Diritto Romano) Milano (1952) p. 255; MAYNZ, C. «*Curso de Derecho Romano*» 2.ª edic. T. I vertido al español por D. Antonio José Pou y Ordinas, Barcelona (1892) Jaime Molins, editor p. 760]. Ahora bien, bajo la expresión «*accessio*» o «*accedere*» se amalgamaban supuestos heterogéneos como la *satío* (Gayo II, 75; J. II 1. 32; D. 41.1.7.13), la *implantatio* (Gayo II, 74; J. II 1.31; D. 6.1.5.3; D. 41.1.26,2) y la *inaedificatio* (D 6.1.23.6.7; 41.1.12). Junto a éstos, que se suelen englobar como supuestos de unión de cosa mueble a cosa inmueble, se comprendían otras categorías: 1.— la unión de cosa mueble a cosa mueble (la *ferruminatio*, *adplumbatio*, *acriptura*, *pinctura*, *tinctura*, *textura*); 2.— la unión de cosas inmuebles (avulsio, *alluvium*, *ius alluvionum*, *insula in flumine nata*, *alveus derelictus*); 3.— la *specificatio*. Por otra parte, destaca BRANCA los diversos significados de dicho vocablo. Inicialmente, se trataba de un simple hecho en virtud del cual una cosa accesoria sigue la suerte de otra que es la principal. Quizá, por ello sea más acertado aludir a relación de accesoriedad y no de accesión. En segundo lugar, también podía significar un incremento patrimonial y, finalmente, se refería a un modo de adquirir la propiedad [voz «*Accessione*» en E. de D. p. 261; voz «*Accessione*. *Diritto Romano*» en NDI p. 129 a cargo de A. MONTEL. También puede consultarse, BONAFANTE, P. «*Corso di Diritto Romano*» T. II V. II Milano (1968) p. 94]. Esta última es la que pasará a la legislación vigente por obra de Pothier que la considerará un modo de adquirir de Derecho natural [POTHIER, R. J. «*Traité du droit de domaine de propriété*» en «*Oeuvres...*» T. X (1821) París p. 82; «*Pandectae Justinianae*» T. VI trad. M. de Bréard-Neuville secc. II art. I p. 541 París (1822) de L'imprimerie de Dondey-Dupré]. Aunque el Derecho histórico patrio no fue absolutamente ajeno a ello pues el régimen de impensas se regulaba en el Título XXVIII de la III Partida que se dedicaba a «las cosas en que ome puede aver señorío e como lo puede ganar».

cuanto a la liquidación del estado creado por la edificación, plantación, siembra o roturación, se declina el análisis en el ámbito del derecho de propiedad para tratarlo al estudiar la posesión (15) o bien se alude simplemente —en sede de accesión— al poseedor y, en concreto, al *bonae fidei possessor* y al *malae fidei possessor* lo cual corrobora el aserto anterior. El constructor, cultivador, etc... es *poseedor*. De ello deriva que no se limiten a estudiar la hipótesis que motiva este estudio sino que, en cuanto analizan el estado posesorio creado y su liquidación se refieran a cualquier situación que lo genere, como es el caso del fideicomiso (16), del usufructo (17) o incluso en sede de compraventa (18).

El aserto de que el edificante, cultivador, ..., es un poseedor y, además, a título de dueño se ve confirmado en el Derecho histórico castellano: la accesión es un efecto de la reivindicación (19). En la P 3,28,41 (también en las Leyes subsiguientes de la misma Partida y Título) se alude a tercero que ha sido «vencido en juycio». Es decir, aquél que posee en concepto de dueño la heredad en la cual se construye, siembra o planta. En relación con ello la buena o mala fe consistía en conocer o no que el transmitente tenía poder para vender. Por tanto, que no carecía de poder de disposición sobre el bien. Pues bien, si se tenía certidumbre acerca de dicho evento y pese al mismo se edificaba, el sujeto edificante lo era de mala fe. En caso contrario, se trataba de un edificante de buena fe.

En cambio, García Goyena en este extremo, como también el Proyecto de Código civil de 1851 que es el precedente más directo de los

El texto del Digesto que aquí interesa es el siguiente: *D. 41,1,12: «Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cūtus et solum est, et si scit, alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur; itaque neque diruto quidem aedificio eius materiae competit. Certe si dominus soli petat aedificium, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si nescit, qui aedificavit; nam si scit, culpa ei obiiici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intelligeret alienum».*

(15) El caso preclaro es el de POTHIER en su «*Traité...*» T. X que estudia el régimen de impensas al tratar de la posesión y haciendo referencia a las obligaciones personales del poseedor (p. 197).

(16) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 13; RAMONI, J. «*Decisiones nullibi adhuc impressae*» Bononiae (1639) Pars. II folio n.º 132 y ss. Dec. 37 n.º 18.

(17) MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 396; CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 15 y ss.

(18) PEGUERA, L. «*Decisiones Aurae in actu practico frequentes. Ex variis Sacrii regii Concilii Catalonia conclusionibus collecta*» (cum additionibus in Quinquaginta priores quae antea sine eis editae fuerunt) Pars I Barcinone RX Typographie Iacobi à Cedrat (1605) folio n.º 380 n.º 2 Decisión de 1 de febrero de 1591 «...non recuperatur meliorationes et expensae quia emptor in dictis meliorationibus fuit in mala fide...» (Referente Francisco Descamps Regio., *Vid. P. 3, 28, 41*: «como deue ome cobrar las despensas que faze en las cosas que compro a buena fe, si le son vencidas en jyzio» (*vide P. 5,5,24-38-39*: mejoras en la cosa vendida).

(19) En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, A. «*Ius aedificandi y accesión*» p. 114.

artículos vigentes de nuestro Código civil, se aparta del magisterio del Code civil francés. En este orden de ideas, no se alude en los preceptos de dicho Proyecto a tercero poseedor sino que se utiliza la forma gramatical impersonal que pasará a los arts. 360 y ss. Cc. El citado coautor del Proyecto de 1851 se cuestionará si «el accidente de *posser* o no *posser* el edificante o plantante, de ser rico o pobre el dueño del suelo, ¿puede cambiar la justicia en el fondo?». Para Florencio García Goyena el artículo 404 (20) se desembaraza de «las distinciones injustificables de si el dueño del terreno es o no muy pobre, *si el que edificó o plantó está o no en posesión*, si han de abonarse los frutos... distinciones con que el Derecho Romano y Patrio embrollaron y desnaturalizaron la sencillez y equidad de su pensamiento en lo principal» (21). Además, destaca el hecho de que sea diferente del art. 555 *Code* civil.

En la doctrina inmediatamente posterior a la publicación del Código civil de 1889, también se planteará el aspecto relativo a la posesión o no del sujeto edificante, cultivador,..., (22), aunque Q. M. Scaevola dudará de dicha diferenciación por el simple razonamiento de sentido común de ¿cómo edificar, plantar o sembrar si no se tiene la posesión de la tierra, suelo, finca o heredad? (23).

A mi entender, la pregunta que se plantea parte de la doctrina, obedece a la sorpresa que produce la distinción según se sea o no poseedor, cuando necesariamente, al menos, se debe tener la tenencia del bien inmueble en cuestión. La perplejidad desaparece cuando se atisba la razón de la diferencia: *no poseedor es aquél que ha perdido la posesión*. Este parece ser el dato que a dicha doctrina le ha resultado ajeno. Sin embargo, no debe darse por zanjado el problema, pues, a las reflexiones de Q. M. Scaevola, como también de aquellos otros que, quizá por emulación, repitieron lo advertido por los clásicos sin detenerse excesivamente en ello, conviene —o, al menos, así parece que se deduce de sus afirmaciones— darles otro significado. Tal vez, la división trazada

---

(20) Art. 404: «El dueño del terreno en que se edificar, sembrar o plantar de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización prescrita en el párrafo segundo del artículo 432, o de obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, solamente su renta.

Art. 432,2: «Los útiles lo son al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención; pero el propietario tendrá la elección de pagar el importe de los gastos o el aumento de valor que por ellos tenga la propiedad».

(21) GARCÍA GOYENA, F. «Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español» T. I-II Sociedad Tipográfica. edit. Barcelona, Base (1973), p. 362. Como se habrá comprobado aquí el jurista se hace eco de la doctrina del Derecho Intermedio que diferenciaba según se fuera poseedor o no del suelo en el que se levantaba un edificio y que, en líneas superiores, he tenido ocasión de desentrañar.

(22) MANRESA NAVARRO, J. M.<sup>a</sup> T III *op. cit.* p. 203.

(23) SCAEVOLA, Q. M. «Código civil comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día» T. VI por Ortega Lorca, F. 5.<sup>a</sup> edic. Madrid (1949) p. 582.



entre poseedor y no poseedor obedezca a otra distinción: *poseedor civil y poseedor natural*. Reflejado a modo de pregunta, ¿debe diferenciarse entre posesión civil y posesión natural a los efectos de determinar: 1.º si es aplicable la normativa de la accesión; y, 2.º dándose la afirmativa por respuesta, si puede retener el precarista, el sujeto cuyos actos posesorios se toleran o son ejecutados en virtud de licencia (en general, el poseedor natural)? (24). Estas son las palabras de Scaevola, «*indudable nos parece que el edificante, plantador o sembrador que no poseyesen jurídicamente, aun cuando sí de hecho (porque de otra suerte no sería posible la edificación, la plantación o la siembra), la finca en que realizasen estas operaciones, tienen derecho a retenerla mientras no se les pague...*» (25).

Por su parte, el Código civil francés aludirá en su art. 555 (26) a «*tiers*» habiendo pasado, en su elaboración, por otras expresiones como «*tiers évincé*» o «*possesseur de bonne foi*» denotando, como ha puesto de relieve Carrasco, «que la construcción en suelo ajeno se concibe “de modo general” como una lesión y un atentado (no como una mejora)...» (27). El Codice civile de 1865 (arts. 447 a 462) sigue fielmente las pautas normativas del Código civil francés (28) considerándose al edificante, cultivador, etc... como poseedor, si bien también se considera incluido al mero tenedor: «*per terzo s'intende qualunque persona che in suo nome e per suo proprio conto, fa costruzioni, piantagioni od opere in un fondo che non gli appartiene in proprietà e del*

(24) La cuestión será objeto de estudio en la tercera parte de este trabajo.

(25) SCAEVOLA, Q. M. T. VI *op. cit.* p. 582.

(26) Art. 555 (Ref. L. n.º 60-464 du 17 mai 1960): «Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit, sous réserve des dispositions de l'alinéa 4, sit d'en conserver la propriété, soit d'obliger le tiers à les enlever.

Si le propriétaire du fonds exige la suppression des constructions, plantations et ouvrages, elle est exécutée aux frais du tiers, sans aucune indemnité pour lui; le tiers peut, en outre, être condamné à des dommages-intérêts pour le préjudice éventuellement subi para le propriétaire du fonds.

Si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit, à son choix rembourser au tiers, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main-d'oeuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages.

Si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé qui n'aurait pas été condamné, en raison de sa bonne foi, à la restitution des fruits, le propriétaire ne pourra exiger la suppression desdits ouvrages, constructions et plantations, mais il aura le choix de rembourser au tiers l'une ou l'autre des sommes visées à l'alinéa précédent».

(27) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 119.

(28) En materia de accesión así lo destaca BRANCA, G. en la voz «*Accessione*» en E.Dir. p. 265.

*quale ha soltanto il possesso di buona o di mala fede, o la semplice detentazione» (29).*

En nuestro Código civil se elude, de entrada, cualquier cualificación del sujeto-constructor. Se emplea la forma impersonal como también lo hace el art. 278 de la Compilación catalana por lo que habrá que dilucidar si dicho constructor es o debe ser un poseedor civil, si ha de serlo necesariamente en concepto de dueño, y si al poseedor natural pueden aplicársele las normas de la accesión. Se tienen dos puntos de referencia. El primero de ellos es el bosquejo histórico trazado: el edificante es un poseedor en concepto de dueño. El segundo es el criterio que aportan los datos legislativos: tanto el Cc como la Compilación se centran en la *buena o mala fe del edificante, plantador, constructor o roturador* (30).

## 2. LA BUENA Y LA MALA FE EN LA ACCESIÓN. EL DERECHO INTERMEDIO

De entrada, debe destacarse que la buena fe —en sede de accesión— no aparece descrita o definida por los Doctores, sin embargo, veremos cómo puede extraerse un concepto de la misma de los supuestos que van analizando.

Del Usatge «*Si quis in alieno*» se desprende que la buena fe del edificante (plantador, roturador, etc...) consiste en tener la creencia de que el suelo en el que se edifica es propio: *creent lo sol esser seu* (31). Por tanto, de que se es propietario. De ahí, precisamente, que la mala fe consista, según el mismo Usatge, en edificar, plantar, sembrar o roturar en suelo ajeno conociendo dicho carácter y que, además, ello se realice contra la voluntad del propietario del mismo.

---

(29) PACIFICI-MAZZONI «*Istituzioni di Diritto Civile Italiano*» V. III 2.<sup>a</sup> edic. Firenze. Eugenio e Filippo Cammechi (1873) *cit.* p. 65; BARBERO, D. «*Sistema istituzionali del Diritto privato italiano*» T. I 2.<sup>a</sup> edic. Torino (1949) p. 690; RUGGIERO, F. «*Istituzioni de Diritto Civile*» p. 624. El art. 450 *i.f. Codice 1865* decía: «il proprietario però non può chiedere che siano tolte le piantagioni, costruzioni od opere fatte da un terzo che abbia sofferto evizione e, per la sua buona fede sia andato esente dalla restituzione dei frutti, ma deve pagarle in uno dei modo accennati».

(30) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 263.

(31) El mismo concepto se extrae de la *Ley 44 Tít. 28 Partida 3*: «Otro sí dezimos, que si el fizo despensas provechsas al heredamiento, o a la casa agena de que era tenedor, que si las fizo en buena fe, cuydandolas fazer en lo suyo...mas si las fizo aviendo mala fe, sabiendo que el heredamiento, o la casa, que era agena...». En el comentario a la Ley 46 de Toro, GÓMEZ A. afirma que la buena fe consiste en la *creencia de ser dueño* [«*Compendio de los Comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro*» Ed. Facsímil (escrito por P. N. de Llano) Valladolid, Lex Nova (1981) folio n.º 239].

Los autores van diferenciando y analizando cada uno de los posibles supuestos que pueden presentarse en la praxis. Así, Marquilles distingue dos supuestos que conviene mencionar:

— *bona fide ab initio ex post facto cum hedificavir*;

— *bona fide ab initio et male fidei cum hedificat*: en este supuesto el propio comentarista señala que debe elegirse una vía de solución intermedia: «*ista ut neq. male fidei puniat neq. bone fidei expensas servet*» (32).

A estas dos hipótesis, se agrega aquélla en la que el edificante es un poseedor de buena fe cuando construye y una vez realizada la obra conoce la ajenidad del terreno mutándose, entonces, su buena fe. A partir de ese momento se trata de un poseedor de mala fe que «*...poterit tollere edificium dummodo fieri possit abique dispendio domini soli probatur...*» (33).

Pero, quizá, lo que ostenta mayor interés sean las soluciones que se ofrecen según haya oposición o no, a la edificación, por parte del *dominus soli*. Dicha oposición se verifica mediante la *denuncia* de la obra realizada o que se esté llevando a cabo (34) «*secundum informan a iure Communi statutam*» (35). Se considera al edificante de *mala fe* cuando el dueño denuncia la realización de la obra. La denuncia puede hacerse ante testigos, mediante la presentación de documentos comprobando los datos de medición en los mismos: «*quod si ante nuntiationem aliquid fuerit constructum, et postmodum nuntiatum fuerit novum opus, quod facias mensurari novum opus coram testibus, in longitudine et latitudine eius, et quod de eo siat instrumentum...*» (36). En esta dirección, afirma Jaime Cáncer que para constituir al edifican-

(32) Ambas hipótesis las plantea el prestigioso jurista en el folio n.º 396. Sobre el segundo supuesto incide CÁNCER, J. —aludiendo también al caso de las edificaciones (que en este supuesto denomina mejoras) por el dueño cuyo dominio es revocable— señalando que cuando las mejoras se realizan por un poseedor que en el momento de la edificación conoce la ajenidad pero que, sin embargo, el dueño del suelo no se opone a dichas mejoras, se entiende que «*...eius negotium generando, domini sibi obligant actione ex eo contractu...*» (folio n.º 132 n.º 68-69).

(33) PEGUERA, L. «*Decisiones aurae...*» T. I Dec. 99 (5 de abril de 1593. Referente: Francisco Descamps Regio) folio n.º 280 n.º 3. *Id.* D. 6.1.37. En el Código Alfonso se regulaba otro supuesto cuya solución no estará alejada de la transcrita en el texto. Se trata del edificante de buena fe cuando obtuvo la heredad pero que antes de que empezara a construir conoce que «aquel de quien la gana, non avia derecho de la enagenar» con lo cual si persevera en edificar se convierte en un edificante de mala fe. En este caso «non deve cobrar las despensas que y fizo, mas puede llevar ende aquello que y metio, o labro....» (P 3,28,41 i. f.).

(34) Se trata como destacan los Doctores de una obra nueva.

(35) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 7. Recuérdese que los autores clásicos catalanes no se apartan de la doctrina de la época.

(36) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 7; MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 396.

te, cultivador, ..., en mala fe «*sufficit protestatio, cum ostensione instrumentorum, ex quibus constat illum aedificare, aut seminare in alieno solo...et instrumento protestationis optimum erit facere designationem operis facti coram testibus*» (37).

La consecuencia de construir o plantar o roturar en suelo ajeno pese al conocimiento de dicha ajenidad —verificada a través de la denuncia del *dominus soli*— es la posibilidad de *demoler* la obra: «*si post nunciatione fuerit hedicatus: probare possis demoliri debeas*» (38). No obstante, dicha posibilidad tiene una excepción, que pone de relieve Marquilles, conllevando que no se pueda demoler toda la obra realizada con posterioridad a la denuncia (39). La demolición de la obra no es una solución generalizada sino que dicha obra se mantiene en aras a la pública utilidad. También debe mantenerse íntegra cuando se edifica parte en suelo propio y parte en suelo ajeno (supuesto típico que la doctrina moderna viene designando como accesión invertida). En este extremo se destaca la diversidad de régimen jurídico cuando el edificio está construido totalmente en suelo ajeno a cuando sólo una porción del mismo está ubicada en aquél. Con estas palabras lo describe Marquilles: «*distingue aut tu totaliter hedifices in solo mio: tuc propria aucte poto destruere. Aut hedifices in solo tuo diq. post transit. in solo mio, tunc aucte propria non potere destruere*» (40).

Obvio es señalar que la denuncia también podía operar *viva voce* en cuyo caso se transfería la posesión al edificante: «*ubi sit denunciatio viva voce in hedicantem transferat possessio*» (41). En tales supuestos se hace referencia a una «obra nueva» cuya denuncia realiza el propietario del suelo en el que se ha construido.

(37) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 13.

(38) MARQUILLES, J. *op. cit.* GÓMEZ, A. Coment. n.º 20 folio n.º 250 *op. cit.* a la Ley 46 de Toro.

(39) «... *si forte ex adverso denegaret vel inde fieri pacias publicum instrumentum als non demoliret totum opus quod est, factum post nunciationem...*» (MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 396).

(40) MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 396.

(41) MARQUILLES, J. *op. cit.* CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 12. Conviene señalar que semejantes afirmaciones realizó Gómez, A. respecto de la Ley 46 de Toro en materia de mayorazgos (folio n.º 249 n.º 19) «*De tres modos puede hacerse la denuncia de nueva obra: Primero verbalmente; segundo: poniéndose alguna piedra o piedras en lo edificado expresando que denota denunciación y tercero acudiendo al Juez a fin de que éste personalmente, o por medio de otra persona con su mandato pase al sitio donde se está edificando y haga saber a los operarios que cesen en la construcción*». la diferencia entre el sistema «sólo verbo» y los restantes estriba en que mediante el primero se pierde la posesión del terreno que se transmite al constructor, debido a la timidez del denunciante, cosa que no sucede en los otros dos supuestos.

## 3. GASTOS Y MEJORAS: LAS IMPENSAS POSESORIAS

El criterio de la buena/mala fe fue básico ya en el Derecho romano para determinar a qué tenía derecho el edificante/constructor.

El Usatge «*Si quis in alieno*» determinaba que, en caso de que el edificante fuera de mala fe se entendía que «*es vist haver coratge de donar*». De forma semejante se consideró en el Derecho común y así lo recuerda J. Cáncer explicando el por qué: «*...qui scienter indebitum solvit, quod donare videatur, cum alia conjectura capi non possit...*» (42). Sin embargo, posteriormente, en plena etapa precodificadora, la presunción de donación desaparecerá ya que se considerará que el ánimo liberal no se presume, lo que comportará que el acento se ponga en el equilibrio patrimonial y en el intento de solucionar el conflicto de intereses generado con base en dicho equilibrio. Pero, dicho equilibrio y el intento de evitar que uno de los sujetos se enriquezca a costa del otro se centra en los denominados *gastos útiles*. No obstante, conviene señalar que el intento de evitar que uno se enriquezca a costa de otro era ya un tema presente en el Derecho Intermedio respecto del poseedor de buena fe y de los gastos útiles (43).

El *animus donandi* que se presumía en el edificante de mala fe debe ponerse en relación, a mi entender, con la tradicional trílogía en materia de *impensas posesorias*. Como se conoce, se diferenciaban tres categorías a las cuales se agrega una cuarta que la doctrina moderna ha separado de las anteriores y que denomina gastos ordinarios para la producción de frutos. Me refiero a las impensas necesarias, útiles y voluntarias (o de puro lujo o recreo). A ellas se añade, como he dicho, las *expensae fructuum gratia*.

La distinción aparece trazada en Derecho romano, con Justiniano, en materia de posesión (44). El egregio compilador clarificó y simplificó el Derecho clásico. Los denominados gastos necesarios eran aquellos que (45) «*...si factae non sit, res aut peritura aut deterior futura*

(42) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 3. PEGUERA, L. «*Decisiones auae...*» T. I Dec. 99 (de 5 de abril de 1593). Referente: F. Descamps) folio n.º 280 n.º 2 «*...quando plena constat ex scientia edificantis in solo alieno eun voluisse donare...*». Cfr. LÓPEZ, G. en su glosa 3 «llevar» a la Ley 45, Tít. 28, P. 3 («*Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono*» T. II Madrid, 1789 folio n.º 394).

(43) VINNIO, A. *op. cit.* p. 263 en donde plantea la cuestión respecto del ladrón.

(44) ULPIANO «Comentarios a Sabino L. XXXVI»: «*Impensarum quaedam sunt necessariae, quaedam utiles, quaedam vero voluptariae*» (D. 25, 1).

(45) B. I.16,79.

sit». Este concepto se reproducirá en el Código Alfonsino en la P 3, 28, 44 (46) y es el que permanecerá en nuestra doctrina y legislación.

Los segundos «*esse Fulcinus ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant*» (47).

Los gastos de puro lujo o recreo son, según D. 50,16,79,2, «*quae speciem duntaxat, ornant, nom etiam fructum augment, ut sunt vinidia, et aquae salientes incrustationes, loricationes, picturae*» (48).

Junto a estas tres categorías se sitúan los gastos de producción, cultivo y mero entretenimiento (49): *fructuum gratia*.

La clasificación no es ajena al Derecho Intermedio (50), en el que también se diferencian estos tipos de gastos y se mantiene sustancial-

(46) P 3, 28, 44: «Despensas fazen los omes en las casas, o en las heredades agenas que tienen, non faziendo y de nuevo alguna cosa, mas refaziendo o endereçando los edificios en los lugares do es menester, o faziendo y algunas otras cosas, que son provechosas a la casa o a la heredad...».

(47) D. 50, 16, 79, 1; D. 25, 1, 5, 3; D. 25, 1, 6. Vide P 3,28,44: «...Otro sí, dezimos, que si el fizo *despensas provechosas al heredamiento*, o a la casa agena de que era tenedor...»

(48) Vid. de nuevo, la P 3,28,44: «...Otro sí dezimos, que si aquellos que son tenedores de casas, o de heredamiento, fazen despensas en ellas, que non son muy provechosas, mas son a apostura de la casa, o de la heredad: assi como las pinturas que fazen en ellas...».

(49) Esta cuarta categoría ha sido considerada por parte de la doctrina como una subclasificación dentro de las impensas necesarias. En este sentido considera PROVERA, G. que «nell'ambito delle spese necessarie fu pure individuata una più ristretta categoria di spese, *quelle necessarie alla produzione dei frutti*: esse restavano a carico del marito al quale spettava il godimento dei frutti medesimi...» [voz «*spesse (dir. rom.)*» en E. de Dir. p. 322]. El autor se refiere a los bienes dotales.

La consideración de los gastos ordinarios de producción de frutos como gastos necesarios destinados a la conservación del bien en cuestión aparece en SOCARRATS, IOANNIS de, que afirma que «*non est dubium quod impensa facta gratia custodiae dicitur facta gratia conservationis...*». De ahí, precisamente, que precise que el poseedor de mala fe pueda deducirlas: «*mala fidei possessorem ex fructibus perceptis deducere posse impensas factas gratias fructuum quaeredorum*» [*«Iurisconsulti cthalani in Tractatum Petri Alberti canonici Barchinonensis, de consuetudinibus Cthaloniae inter Dominos et Vasallos, ac nonnullis alliis, quae Commemoraciones Petri Alberti appellantur, doctissima, ac locupletissima materia diligentissime per tractatur*» Apud. Iannet Gordiolan Barchinonae (1551) folio n.º 96 n.º 12].

(50) Quizá el autor más representativo de esta época sea IOANNIS GARSIAEA SAABEDRA y su «*Tractatus de expensis et meliorationibus*» en el cual observa que «*quadruplices autem reperiuntur expensae, necessariae, utiles, voluptariae; quartum genus earum est, quae fiunt colligendorum fructum gratia*» (folio n.º 8 n.º 10 Lugduni, 1671 Sumptib. Laurentis Arnaud et Petri Borde). Vid. su contribución en el «*Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate iurisconsultorum*» De variis iuribus et acquisitionibus Tomus XVIII «*De expensis et meliorationibus*» Venetiis, 1584 (folio n.º 258 n.º 10). La clasificación con idéntico significado se halla, respecto de los bienes dotales, en MIERES, T. «*Apparatus super Constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae*» (Pars I) Petrus III in Curia Perpiniaci Coll. sexta folio n.º 359 n.º 169-170: «...quod illae impensae necessariae dicuntur sine quibus res deterior efficitur...»; *utiles vero dicuntur, quae rem meliorem reddunt...*; *voluntariae sunt, quae rem exornant...*» y has voluntariis, ut quae sunt in balneis, perdit maritus, quia voluntariae impensae actionem non pariunt...etiam si de voluntate mulieris sint factae...». De otra parte, en el Código Alfonsino se recoge un significado de «*despensas*» que no diverge del que llegará a nuestros días (P. 7.33.10).

mente idéntica la clasificación justiniana individualizando la última categoría que después en la etapa codificadora tendrá una ubicación propia. Los tres tipos de gastos aparecen en el comentario de Marquilles al Usatge «*si quis in alieno*» a propósito del arrendatario: «*conductor in reticiendo domus plures expensas sec nunquod ons tenet illas sibi restituere...Dicas aut conductor bona fide dictas sec expensas, tunc necessarias et utiles recuperavit doli exceptiones. Voluntarias abrasionen suat*» (51). En caso de mala fe afirma «*..necessarias consuat officium iudic. cum tum possidet. Utiles abrasionem servat. Voluntarias nullo*» (52). Sin embargo, el comentario no se limita a señalar las soluciones a los posibles conflictos de intereses entre edificante y dueño del suelo cuando el primero es el arrendatario, antes bien se refiere indistintamente al arrendatario, al usufructuario... en general al poseedor: «*bone fidei possessori dat retentio pro impensis*» (53). Ello corrobora lo que antes señalé: el estudio de la accesión va enlazada con el de la posesión y, concretamente, con los gastos y mejoras como liquidación de estados posesorios. De ahí que estos conceptos a efectos de la accesión se estudien en sede de *impensas posesorias*. Además puede señalarse que se estudian conjuntamente estas hipótesis con aquéllas en las que existe una previa relación jurídica entre edificante o mejorante y dueño del suelo porque en todas ellas el primero es POSEEDOR. Pero pueden distinguirse, entre otros, por el criterio de la buena o mala fe. Es decir, si a efectos de accesión la mala fe supone el conocimiento de que se edifica en suelo ajeno (54), la previa existencia de una relación jurídica determina que se conozca este evento. Luego, por hipótesis, cualquier construcción, plantación o siembra realizada por el arrendatario, depositario, etc. ... sería de mala fe no dando lugar a la indemnización correspondiente y determinando que se entendiese hecha donación. Ahora bien, la doctrina de la época consideró que no todas las situaciones daban lugar a una donación y excluyen precisamente los supuestos en los que existe esa relación jurídica o un dominio resoluble (55). De ahí que en la regulación vigente de las mejoras o gastos llevados a cabo por estos sujetos (ligados mediante un vínculo jurídico) se prescindiera del criterio de la buena o de la mala fe y, en cambio, se acuda a otra clasificación, aquélla que diferencia entre gastos ordinarios y extraordinarios (56).

---

(51) MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 397.

(52) *Ibidem*.

(53) MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 397.

(54) Recuerde que el Usatge alude a «*creent lo sol esser seu...*».

(55) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.º 19. BROCA I AMELL *op. cit.* p. 5.

(56) Arts. 500 a 505 Cc (usufructo), 527 (uso), 1.743, 1.746 a contrario y 1.751 (comodato), (arrendamiento). Obsérvese que son relaciones jurídicas en las que se confiere al tercero poseedor (en nombre ajeno) el *derecho de usar la cosa*. Por otra parte, esta clasificación no excluye que también se pueda aplicar a dichas situaciones la normativa propia de la trilogía a la que vengo haciendo referencia, así en los arts. 487 y 1.573 Cc (al respecto pueden consultarse las agudas reflexiones de DEL POZO CARRASCOSA, P. «*El derecho de retener en prenda del depositario*» Barcelona (1989) pp. 57 y ss.

La distinción entre gastos necesarios, útiles y voluntarios tenía su importancia en cuanto al régimen jurídico y los efectos jurídicos que se derivaban según fuera el poseedor de buena o de mala fe quien los llevara a cabo. Tanto uno como otro tenían derecho a recuperar las impensas necesarias: «*Ubi vero expensae necessariae essent, sive essent factum novum opus, sive refectum antiquum, indistincte etiam a mala fidei possessore repetuntur...*» (57). La razón que se arguye para que el poseedor de mala fe pueda reembolsarse de dichos gastos es considerar que dichas impensas también las debería haber realizado el propietario del suelo: «*et est ratio, quia in necessariis est periculum, si non siant, et imputaretur malae fidei possessori domum, quod eveniret, e quod necessarias impensas non fecisset*» (58). Si, por tanto, podía recuperarlas, habrá que convenir en que el *animus donandi* no se refería a este tipo de gastos sino a otra clase de gastos. Es decir, a los gastos *útiles*. Estos son los que se realizan para aumentar el valor —«precio» (59)— de la finca o del bien en el que se realizan y que, por tanto, comportan una *mejora* (60), pues «*non omne impensam includit melioramen-*

---

(57) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.º 36-41. ANTONII DE RIPOLL DOMICELLI, A. «*Variae iuris Resolutions, multis diversorum Senatum decisionibus illustratae*» Lugduni Sumptibus Iacobi, Andreae et Malthaei Profl. (1630) Cap. X «De dotis recuperatione et de iuribus ratione illius competentibus» folio n.º 481 n.º 108-109; TRISTANY, B. DE «*Sacri Supremi...*» T. III Dec. 19 folio n.º 414. (Cfr. P. 3.28.44).

(58) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.º 37. La razón destacada en el texto reaparecerá una vez publicado el Código Civil español. Así recordará MANRESA NAVARRRO, J. M.<sup>a</sup>, que «nada más justo que si la cosa subsiste o no se ha empeorado merced a los gastos y esfuerzos del poseedor, si por ellos vuelve al poder de su dueño, éste tenga que satisfacer esos gastos sin distinguir entre buena o mala fe. *No se concibe que el propietario hubiere dejado de hacerlos*» («*Comentarios al Código civil español*» T. IV 7.<sup>a</sup> edic. revisada por J. M.<sup>a</sup> Pou de Avilés p. 345. Siguiendo la huella de MANRESA, *vid. voz «Gastos»* por A. DE ROVIRA MOLA en NEJ Seix p. 557).

(59) «*...habet actionem pro recuperandis expensis factis in re, quam reddit, quarum pensarum occasione res fuit majoris pretii, ut superius...*» (CÁNCER *op. cit.* folio n.º 132 n.º 69). La cuestión del mayor precio reaparecerá en POTHIER que aludirá a «*plus grand prix*» («*Traité...*» T. X p. 198) mientras que los textos legales y, como no, el *Code civil* se referirán a *aumento de valor* [art. 555. 3 *Code*: «si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit, à son choix rembourser au tiers, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit...» (ref. por L. n.º 60-464 du 17 mai 1960)].

(60) La doctrina moderna conviene en que la mejora no es el aspecto del gasto útil realizado. La mejora es un concepto más amplio que el de gasto ya que existen otras fuentes susceptibles de producir mejoras en los bienes y que están contempladas por los textos legales. Así en el Código civil se alude a «*mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo*» (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. en «*Fundamentos...*» T. II p. 573; LACRUZ BERDEJO, J. L. et alii «*Elementos...*» T. I V. III p. 67; ALBALADEJO GARCÍA, M. «*Derecho civil*» T. I V, II 11.<sup>a</sup> edic. (1991) p. 129; MALUQUER DE MOTES, C. J., «*Los conceptos de "sustancia", "forma" y "destino" de las cosas en el Código Civil*» Civitas, 1992 pp. 139 y 155). En el Derecho Intermedio, mejora suponía «*... plus reditur sit quam in vineis, vel arbutis, vel olivetis quae fuerint, forsam etiam haec deicere poterit; siquidem ei permittitur meliorare proprietatem*», si bien el verbo *meliorare* tenía varios significados:



tum» (61). Estos gastos eran susceptibles de recuperación si quien los realizaba era el poseedor (edificante) de buena fe. Para la recuperación de los mismos se arbitraba el *derecho de retención* de la cosa —«...eo quod bonae fidei possessor utiles expensas, non aliter, quam per rei retentionem, opposita doli exceptione adversus actorem possit deducere...» (62)—, el cual era, también, el remedio jurídico para recuperar las impensas necesarias llevadas a cabo por el poseedor de buena fe (63).

a) mejora en el Derecho sucesorio: «*filius melioratur, quem pater bonis praelegatis inter caeteros meliorem fecit, atque meliorationem factam fuisse filio*».

b) mejora como aumento producido en los bienes suponiendo un cambio en los mismos: «*quando qualitas bonorum est mutata et bonitas eorum mutata et adaucta: ita definiunt melioratum ut sit augmentum bonorum mutata eorundem qualitate*». Tal aumento se puede producir en cualquier tipo de bienes que sean objeto de contrato o de cualquier otra relación jurídica («...idque contingit in omni bienes que sean objeto de contrato o de cualquier otra relación jurídica («...idque contingit in omni genere rerum et contractum, emptoris, locatoris, emphyteusis, societatis, in vassallo, curatore, procuratore, administratore, haerede, possessore, de quibus omnibus acturi sumus»). El citado aumento puede provenir de la obra e industria, «*frequenter autem nostra opera et industria*», como destaca I. GARSIAE, con lo cual nosotros somos los protagonistas del aumento de los bienes (Vid. GARSIAE, I. «*Tractatus de expensis et meliorationibus*» Cap. I folio n.º 5 n.º 8). Obvio es señalar que esta segunda aceptación la que aquí se debe tener en cuenta. En este sentido la edificación en suelo ajeno se considera una mejora producida por un gasto útil y creo que es este el supuesto de hecho que contempla el actual art. 278 Comp.

(61) RAMONI, J. «*Decisiones nullibi adhuc impressae*» Pars II Bononiae (1639) Dec. 37 n.º 26 que cita a J. García *últ. cap.*

(62) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 131 n.º 59-60. ANTONII DE RIPOLL, A. *op. cit.* Cap. VII folio n.º 204 n.º 412.

(63) En el fenómeno romano de la accesión el edificante no perdía la propiedad de los materiales con los que había construido. No obstante, resultaba impedido para ejercer la acción reivindicatoria. Por ello los estudiosos del Derecho romano no han dudado en afirmar que el dominio del dueño de los materiales se mantenía *latente* [BIONDI, B. «*Istituzioni...*» p. 245; BONFANTE, P. «*Istituzioni...*» p. 217; VOCI, P. «*Istituzioni...*» p. 236; del mismo autor en «*Modi di acquisto della proprietà*» p. 256; SCIALOJA, V. «*Teoría della proprietà nel Diritto Romano*» (Lezioni ordinate curate edite de P. B.) V. I Roma (1928) p. 342] de suerte que podía ejercitarse cuando el edificio se destruyera pues podían reivindicar los residuos de los materiales (D. 1,7,10; 41,1). Ahora bien, en el estudio del derecho de accesión deben discriminarse las diferentes etapas del Derecho Romano. Fue con la Ley de las XII Tabas que se estableció el conocido «*tignum iunctum aedibus vineave et concepit ne solvito*» (XII Tablas. 6,8) que vedaba, precisamente, la posibilidad de separar las vigas de los edificios y las cepas de las viñas. Pero la jurisprudencia romana incluyó bajo el vocablo «*tignum*» todo material de la construcción. El dominus soli era propietario del total edificio pero su dominio era compatible con el del dueño de los materiales si bien éste no tenía derecho a ninguna indemnización la cual aparecerá, tímidamente, en el derecho pretorio (BONFANTE, P. «*Corso...*» *op. cit.* p. 125; Inst. II, 1, 29) y alcanzará importancia en el Derecho Justiniano. En esta última etapa del Derecho romano también varía el fundamento de la indemnización. Con el Pretor, ésta era otorgada por razones de equidad (BIONDI, B. «*Istituzioni...*» p. 279). Con Justiniano, en cambio, toma por norte el *equilibrio*

El poseedor de mala fe no tenía derecho al reembolso de los gastos útiles pues se consideraba que se llevaban a cabo con ánimo liberal (dado el conocimiento de la ajenidad del terreno) si bien gozaba del *ius tollendi* siempre que fuera «...*sine laesione prioris status...*» (64). Semejante régimen jurídico refiere Antonio Gómez al comentar la Ley 46 de las de Toro (65). Sin embargo, el reintegro de las impensas útiles por el poseedor de buena fe se condiciona a «que el dueño de la cosa las hubiese de haber hecho o hubiere de haberla vendido inmediatamente, o si fuese rico, y por lo mismo no le fuese molesta la satisfacción de las mejoras porque sino, sólo se le permite separarlas sin detrimento de la cosa, excepto si el dueño de ella apronta su valor» (66). El elemento de la riqueza o de la pobreza desaparecerá, obviamente desde el punto de vista legislativo, con las tareas codificadoras.

Son los gastos útiles los que plantearán la temática del equilibrio patrimonial y, por ende, el reembolso del aumento de valor o de la plusvalía. La cuestión de evitar el enriquecimiento de un sujeto a costa del empobrecimiento de otro aparecía ya en el Derecho romano, estaba presente en el Derecho Común, y será una constante en la etapa pre y postcodificadora francesa y también posteriormente, española.

---

*patrimonial: nemo ex alieno iactura locupletari debet.* El conspicuo compilador acuerda la resarcibilidad de los gastos necesarios tanto al poseedor de buena como de mala fe. Pero otorga sólo al primero el derecho de retención el cual se arbitraba mediante la *exceptio doli*. Aunque sobre volveré a tratar precisamente del derecho de retención.

(64) GARSIAE, I. «*Tractatus universus iuris...*» T. XVII folio n.º 260 n.º 2 y folio n.º 270 n.º 1. CÁNCER, J. no se aparta de esta doctrina y así afirma que: «si verò opus factum melioraret, aut ampliaret, permittitur abrasio sine laesione prioris status rei...» (*op. cit.* folio n.º 130 n.º 34). este mismo derecho fue acordado por Justiniano para el poseedor de mala fe contradiciendo, en este sentido, el derecho anterior (BIONDI, B. «*Istituzioni...*» p. 279). Nótese que CÁNCER utiliza el vocablo *meliorare* y el régimen jurídico que le aplica es precisamente el destinado por la doctrina del Medioevo a regular los denominados gastos útiles. (VINNIO, A. *op. cit.* p. 261 y ss).

(65) Ley XLVI de Toro: «Todas las fortalezas que de aquí adelante se hicieren en las ciudades, villas y lugares, y heredamientos de mayorazgo, y todas las cercas de las dichas ciudades, villas y lugares de mayorazgo así los que de allí delante se hubieren de nuevo, como lo que se reparare, ó mehorare en ellas, y asimismo los edificios que de aquí adelante se hicieren en las casas de mayorazgo labrando, ó reparando, ó reedificando en ellas, sean así de mayorazgo como lo son, ó fueren las ciudades, villas ó lugares y heredamientos, y casas donde se labraren. Y mandamos que en todo ello succeda el que fuere llamado al mayorazgo con los vinculos y condiciones en el mayorazgo contenidas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion, ó valor de los dichos edificios á las mugeres del que los hizo, ni á sus hijos, ni á sus herederos ni sucesores, pero por esto no es nuestra intencion de dar licencia ni facultad para que sin nuestra licencia á de los reyes que de nos vinieren se puedan hacer, ó reparar las dichas cercas, ó fortalezas: mas que sobre esto guarden las leyes nuestros reynos como en ella se contiene».

(66) GÓMEZ, A. *op. cit.* p. 238 n.º 2. LLAMAS Y MOLINA, S. «*Comentario crítico-jurídico-literario a las 83 Leyes de Toro*» Madrid Imprenta de Repullés, 1827 T. II pp. 90 y ss.

Finalmente, en relación con los gastos voluntarios conviene destacar que el poseedor de mala fe no tenía derecho a recuperarlos ni siquiera a retirarlos sin detrimento del bien en el que se hubieran realizado («...*nec deducit, nec abradit...*»); derecho, en cambio, que se arbitraba para el de buena fe siempre que no fuera en detrimento del bien en cuestión: «*voluptatis causa, ut has expensas bonae fidei possessor non deducat, abradat autem sine lesione prioris status*» (67). El *ius tollendi* podía ser enervado por el propietario del suelo ofreciendo la estimación del gasto realizado. Con estas palabras lo destaca Cáncer «*quae abrasio prohiberi potest a domino, si ipse offerat ruderum aestimationem...*» (68). El derecho de retirada se hacía imposible cuando las mejoras se habían realizado en un fundo rústico o urbano y, por tanto, el propietario del mismo debía ofrecer la estimación de aquéllas con base en el siguiente argumento: «*deformitas autem urbis aliis iuribus est prohibita*» (69). Se prohíbe a su vez la posibilidad de demoler el edificio.

De otra parte, la valoración de las mejoras debe hacerse al tiempo de la restitución: «*ubi aestimatio melioratorum est facienda de tempore restitutionis...non secundum aestimationem temporis, in quo facta sunt melioramenta...*» (70).

#### 4. LA EXCEPTIO DOLI Y EL DERECHO DE RETENCIÓN

El art. 278 Comp. determina, como es sabido, el derecho de retención respecto del edificante, cultivador... de buena fe. Derecho de retención que, según ha destacado la doctrina moderna (71), lo es sólo del edificio, cultivo o plantación. Mediante el citado derecho se preten-

---

(67) GARSIAE, I. «*Tractatus de expensis et meliorationibus*» Cap. I folio n.º 18 n.º 32. Aquí existe un enlace directo con el Derecho justinianeo, pues, precisamente fue Justiniano el que en contravención con las XII Tablas, acordó este derecho de retirada al poseedor de buena fe (D. 6.1.38. BIONDI, B. «*Istituzioni...*» p. 279).

(68) D. 41.1.7.10. CÁNCER *op. cit.* folio n.º 130 n.º 35.

(69) GARSIAE, I. «*Tractatus de expensis et meliorationibus*» Cap. I folio n.º 19 n.º 35. La misma razón se aducía en el Derecho romano (D 47.3.1; 43.8.7 «*nec urbs ruinis deformetur*») y así lo recordará con anterioridad al Código civil español GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. en «*Códigos o estudios Fundamentales sobre el Derecho civil español*» 3.ª edic. T. II Madrid, 1871 p. 90; y con posterioridad a dicho texto legal, SCAEVOLA, Q. M. «*Código civil*» [rev. por F. Ortega Corec T. VI p. 555 edic. 5.ª Madrid (1949)]. Vid. CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* pp. 90-91. Argumento semejante se daba respecto de la demolición (*vid. «supra»* p. 16).

(70) RAMONI, J. *op. cit.* Dec. 38 folio n.º 136 n.º 27. TRISTANY, B. T. III *op. cit.* Dec. 19 n.º 6 folio n.º 408.

(71) PUIG FERRIOL, L. ROCA I TRIAS, E. «*Instituciones...*» (1992) p. 223. Del primer jurista en «*Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*» dir. Manuel Albaladejo en EDERSA (1987) T. XXX p. 14. DORIL CAMPOY, J.M. «El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán» RCDI 1995 pp. 1899 y ss.

de garantizar un derecho de crédito: el que ostenta el edificante respecto del dueño del suelo por los materiales empleados y los jornales de los operarios o el precio de las semillas. Se trata de una deuda de valor (72).

El derecho de retención, como actualmente se le conoce, aparece en el Derecho romano absorbido en la *exceptio doli*. Posteriormente reaparece en el *Ius Commune* diferenciado de todas aquellas medidas de defensa que se englobaban en dicha *exceptio* y empezará a denominarse *ius retentionis*.

En el *Ius civile* al propietario de los materiales no correspondía ninguna indemnización a excepción del supuesto, ciertamente singular, de que dichos materiales hubieran sido robados en cuyo caso se acordó la *actio de tigno iuncto* por el doble (73). Sin embargo, el pretor mitigando la rudeza del *Ius civile* considera con base en la equidad que al poseedor-edificante debe concedérsele contra el *dominus soli* la *exceptio doli* para que pueda reembolsarse de los gastos realizados en la cosa. Los gastos necesarios eran reembolsables al poseedor de buena y de mala fe y la *exceptio doli* se confiere para recuperar los gastos necesarios y útiles, no para los voluntarios, y en caso de gastos útiles sólo al poseedor de buena fe (74). En este período, la razón estriba en el equilibrio patrimonial que debe existir o debe intentarse hallar entre el propietario del suelo y el edificante/poseedor.

La *exceptio doli* se arbitraba mediante la *retentio* de la cosa: posibilidad de retener la cosa hasta que no se recuperaran los gastos realizados en la misma por parte del poseedor. Consistía, en este sentido, en un medio de defensa ante la reclamación del *dominus soli* (75). Con Justiniano la pretensión del edificante puede ejercitarse no sólo por vía de excepción sino también por vía de acción de suerte que puede obtener el reembolso de lo gastado con independencia de la posesión de la cosa. Se trata de un derecho de crédito cuya garantía es la *retentio* de la cosa la cual conlleva la posesión de la misma para hacerla efectiva. Se-

---

(72) BONET CORREA, J. «El pago de los gastos necesarios y útiles de un poseedor ante las alteraciones monetarias» (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1977) ADC, 1978 p. 457; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.<sup>3</sup> «Comentario del Código civil» (com. art. 453 Cc) p. 1220; DE LA CÁMARA ALVAREZ, M. «La doctrina del enriquecimiento injustificado» (contestación al discurso leído el 14 de diciembre de 1987 por Luis Díez-Picazo y Ponce de León en el acto de su recepción como Académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación) p. 163, Madrid, 1987. Vid. la STS de 20 de mayo de 1977.

(73) BIONDI, B. «Istituzioni...» p. 246. Con posterioridad, el doble adquiere el carácter mixto de pena e indemnización (vid. al respecto BONFANTE, P. «Istituzioni...» p. 217).

(74) BIONDI, B. «Istituzioni...» p. 279.

(75) «...apparirà come l'unico mezzo processuale di affermazione e di tutela del credito da essa (retentio) generato» (NARDI, E. «Profilo evolutivo della ritenzione romana» RDC p. 750).

gún E. Nardi, la retención comportaba que, indirectamente, se reconociera un crédito en el *retentor*: «*l'emergere sempre piú netto della nozione d'un credito del retentor doveva prima o poi -con minore o maggior ritardo a seconda delle urgenze pratiche e delle resistenze opposte da vecchi antagonistici principii di ius civile- condurre alla concessione del mezzo principe per la sua tutela: un'actio ad hoc. Cosicché in definitiva possiamo dire che, in uno sviluppo normale, dalla retentio e sorto il credito e, mediatamente, attraverso il richiamo da questo esercitato, anche l'azione*» (76).

Este esquema se mantiene sustancialmente idéntico en el Derecho común y a él no son ajenos los clásicos catalanes. Conviene recordar que Marquilles, respecto del arrendatario, señalaba que podía recuperar las impensas necesarias y útiles mediante las «*doli exceptiones*» (77). Debe destacarse, no obstante, que algunos juristas del Medievo siguen anclados en la consideración de que la retención era el único medio de defenderse o de recuperar los gastos realizados y en esta dirección A. Vinnio afirmará que «*de ningún otro modo pueden deducirse las impensas hechas en cosas ajenas que por la retención oponiendo la excepción de dolo malo en caso que el dueño vindicara la cosa*» (78). En sede de Partidas también lo destaca Gregorio López si bien excepciona en dos casos el supuesto de que perdida la posesión de la cosa se carezca de medio para defenderse. El primero de ellos tiene lugar cuando fuese poseedor de buena fe y hubiese gastado para una obra nueva de la que tampoco habría podido prescindir el dueño. El segundo cuando los gastos fuesen hechos con intención de obligar a otro pues entonces podía recobrarlos por medio de la acción *negotiorum gestorum*, debiendo decirse lo mismo del poseedor de mala fe que haya hecho gastos útiles, pues si los ha verificado con la intención de obligar al dueño podrá repetirlos por medio de dicha acción en cuanto de ellos hubiese resultado utilidad del mismo al dueño (79). Otros autores de la época, sin embargo, consideran que no es sólo ésta la única vía para poder reclamar los gastos realizados, sino que cabe, al menos, otra que es me-

---

(76) NARDI, E. *op. cit.* pp. 750-751. En p. 752 afirma que «il diritto giustiniano, come tappa avanzata sulla via dell'estendimento dell'actio a tutte le fatispesie, lo è anche del correlativo processo di generale trasformazione della retentio in garanzia. *Pero è un innegabile vizio d'anticipazione d'un dato successivo e moderno definir la retentio giustiniana sempre e soltanto (...) quale forma di garanzia, laddove, a ben guardare al panorama dei casi, una simile qualifica non risulta rispondente che ad una parte di essi, e non alla maggiore.*»

(77) MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 397. CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.º 38-39: «...*tamen deducit, si res extat, per rei retentionem, iudicis officio...*» (también folio n.º 131 n.º 53). FONTANELLA, I. P. «*Sacri Regii...*» T. II (1645) Dec. 545 folio n.º 670 n.º 16.

(78) VINNIO, A. *op. cit.* p. 261.

(79) LÓPEZ, G. *op. cit.* glosa n.º 2 «ante entregar» a la Ley 44 Tít. 28 P. 3 folio n.º 393.

diante el ejercicio de una acción: *officio iudicis*. Afirma, pues, Ioannis Garsiae que «...*necessarias expensas, bonae fidei possessor semper deducit (...) idque non solum excipiendo de dolo et retinendo...sed noviora iure Codicis, actione quoque et petitione*» (80).

La retención es también el remedio jurídico del poseedor de buena fe en el Derecho histórico castellano. En el Código Alfonsino aparece, ambigüamente, el derecho de retención en la P. 3, 28, 44 respecto de los gastos denominados necesarios: «...e en tal caso como este dezimos, que aquel que las despensas fiziere, que sean menester de fazerlas, que las deue, e las puede cobrar, de mientras que fuere tenedor de la casa, o de la heredad en que las fizo, quien aya buena fe, quien mala, entendiendolo: *e manguer el señor de la casa, o de la heredad lo venciesse della en juyzio, non gela deue ante entregar, fasta quel de lo que dispendio en esta razon...*». Con posterioridad en la Ley 46 de las Leyes de Toro, Antonio Gómez considera también que el medio único para recuperar las impensas realizadas es la retención de la cosa «...quando se le pide particularmente por reivindicación...» (81).

Sin embargo, conviene apuntar, desde luego, que el derecho de retención estuvo ausente en la codificación francesa en materia de accesión. En el art. 555 Code no se arbitra esta garantía. La doctrina de la Exégesis consideró que, a pesar del silencio del mismo se podía admitir que el tercero poseedor ostentaba un derecho de retener el inmueble hasta que el propietario lo reembolsara de la cantidad que le debía (82). La mayor parte de la doctrina francesa acordó el

---

(80) «*Tractatus de expensis et meliorationibus*» Cap. I folio n.º 14 n.º 24. En el folio n.º 20 (n.º 1) insiste en la misma idea afirmando que el poseedor de buena fe goza, para recuperar las impensas necesarias del *officio iudicis possessori* (también en folio n.º 81 n.º 1). TRISTANY, B. T. II (1688) Dec. 41 n.º 37 folio n.º 242 «...*emptorem multoties rem retinere posse, quam petre non valeret, quia retentio licita regulariter est, et admittitur, licet non competat actio et exclusus à petenendo, non dicitur exclusus à retinendo*». Conviene destacar que el ámbito propio de la retención, en Derecho romano, fue el del procedimiento formulario en el cual se actuaba según los tipos de juicio: *iudicia bonae fidei, officio iudicis, juicios interdictales, en los juicios no de buena fe, doli mali exceptione opposita, arbitratu de restituyendo* (voz «*Ritenzione (diritto romano)*» en NDI a cargo de NARDI, E. p. 167).

(81) GÓMEZ, A. *op. cit.* folio n.º 238 n.º 2.

(82) DEMOLOMBE, C. «*Cours de Code Napoléon*» T. IX «*Traité de la distinction des biens*» (de la propriété) T. I 4.<sup>a</sup> edic. París, DURAND-L. HACHETTE et Cie (1870) p. 604 en donde destaca el origen consuetudinario del derecho de retención. Se consagró en Francia por el art. 97 de l'Ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, art. 52 de l'Ordonnance de Moulins de 1566 y art. 9 Tit. XXVII de l'Ordonnance civile pour la réformation de la justice du mois d'avril 1667 (voz «*Ritenzione*» a cargo de E. Dezza en E. Dir. p. 1371). También en MARCADÉ, V. «*Explication théorique et pratique du Code civil*» T. II 7.<sup>a</sup> edic. París (1873) p. 424; PLANIOL, M. RIPERT, G. «*Traité pratique de Droit Civil Français*» T. III «*Les biens*» para M. Picard París (1952) pp. 267 y ss.

derecho de retención al poseedor de buena fe excluyendo al de mala fe (83).

El derecho de retención en sede de accesión aparece en el Proyecto de Código civil de 1851 en el cual se introduce por vez primera en las tareas codificadoras (84).

En cambio, con anterioridad, en el Proyecto de Código civil de 1836 no existe, como sí en el vigente Cc, remisión alguna a las normas relativas a la posesión. No obstante, conviene destacar que entre los preceptos dedicados a la accesión se inserta uno que alude de forma expresa al poseedor de buena fe para referirse al edificante: mientras que los arts. 676-677 y 678 aluden, respectivamente, a la forma impersonal «si uno plantare...», «se hubiera edificado», «el que plantare o edificare» (85), el art. 680 se inicia mencionando «el poseedor de buena fe...» (86). Los dos preceptos restantes —el art. 681 y el art. 682— vuelven a emplear la forma impersonal (87). A mi entender, no obedece simplemente a un descuido del codificador, antes bien, teniendo en

(83) DEMOLOMBE, C. *op. cit.* p. 607 donde parece confundir el derecho de retención con la *exceptio non adimpleti contractus* lo cual aparece claramente en sus conclusiones al respecto; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. C. CHAUVEAU «*Traité théorique et pratique de Droit Civil*». Des Biens 3.<sup>a</sup> edic. (1905) p. 253; AUBRY et RAU p. 357 los cuales afirman que no se trata de un verdadero derecho de retención. Sintomático es que POTHIER, R. J. no aluda a la retención respecto de la accesión y también guarde silencio F. LAURENT.

(84) Recuérdese el art. 432 del Proyecto «los útiles lo son al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención...».

(85) *Art. 676*: «Si uno plantare o edificare en finca ajena con semilla y materiales propios, y lo hiciere con buena fe, estará obligado el propietario del terreno a reintegrar al plantador o constructor el valor de los granos, semillas, o materiales y el de los jornales de los operarios o bien a pagarle una cantidad equivalente al aumento de valor que haya tenido la finca».

*Art. 677*: «El propietario del terreno en donde se hubiere edificado o plantado con buena fe, tendrá opción a reintegrar al plantador o constructor, en la forma expresada en el artículo anterior, o a exigir que le pague el valor del terreno a justa tasación de peritos».

*Art. 678*: «El que plantare o edificare en terreno ajeno con mala fe, pierde lo plantado o edificado y no tiene derecho a indemnización alguna». [LASSO GAITE, F. «*Crónica de la Codificación Española*» Codificación civil del Ministerio de Justicia (1970) T. II V. II p. 188].

(86) *Art. 680*: «El poseedor de buena fe que edificare o plantare en heredad ajena, podrá exigir del que reivindicare ésta como verdadero dueño la indemnización de los gastos que hubiese hecho, deduciendo el valor de los frutos percibidos por el mismo» (LASSO GAITE, F. *op. cit.* p. 188).

(87) *Art. 681*: «Si las obras ejecutadas en finca ajena fueran de mero adorno o recreo, el que las ejecutó, si lo hubiere hecho con buena fe, podrá llevárselos, a menos que el dueño del edificio o heredad se preste a satisfacerle el valor de ellas; pero si las hubiere ejecutado de mala fe las perderá enteramente, quedando a beneficio del dueño de la casa o heredad».

*Art. 682*: «El que de buena fe hubiere ejecutado obras de gran consideración en finca ajena, de suerte que el valor de aquéllas supere al de ésta, se hará dueño de todo y sólo estará obligado a entregar al verdadero dueño el primitivo valor de la finca u otra igual a ésta» (LASSO GAITE, F. *op. cit.* p. 188).

cuenta cómo se planteó la cuestión en el Derecho histórico, se está considerando —quizá, de forma inconsciente— que el edificante, ..., es un poseedor y así se mantendrá en el Código civil vigente. Por su parte, el Proyecto de Código civil —presentado a las Cortes el 24 de abril de 1882 por el Ministro de Gracia y Justicia D. Mariano Alonso Martínez— contiene la redacción definitiva que pasará al vigente Código. El actual art. 361 coincide con el art. 364 del Proyecto de 1882 y los vigentes arts. 453, 454 y 455 se corresponden, respectivamente, con los arts. 457, 458 y 459 del Proyecto (88).

Retornando al Derecho catalán, conviene señalar que la retención como medio jurídico para recuperar las impensas realizadas también se hallaba presente en el Usatge «*Si quis contradixerit*» y de ello da razón Socarrats, I: «*dominus pro expensis custodum, et pro redetibus castri receptis habet actionem ad illas petendas et retentionem castri...ubi habet quando datur actio vel retentio pro expensis*» (89).

## 5. OBRA NUEVA: MEJORA.

Recuérdese que J. Marquilles y J. Cáncer solían aludir, en su estudio del Usatge «*si quis in alieno*», a una obra nueva. Para poder referirse al fenómeno de la accesión el edificante debía construir una *obra nueva*. Parece, pues, que no es suficiente restaurar o rehacer un edificio ya existente. En este último supuesto no se está propiamente, ante el fenómeno de la accesión. Se trata, en cambio, de un dispendio necesario destinado a la conservación de la cosa en el sentido al que líneas más arriba hice referencia (90). Dicho gasto no da lugar a una mejora. La mejora supone un aumento de valor de la cosa en la (o sobre la) cual se realiza el gasto. Dicho aumento de valor se aviene con el concepto de gasto útil. Es éste el que da lugar a una mejora aunque no necesariamente sea la mejora consecuencia del llamado gasto útil —v. gr. mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo— (91).

Ahora bien, el concepto que se da de obra nueva es un concepto amplio. Se considera obra nueva toda edificación que se eleve sobre el suelo como también aquélla que consista en sobreelevar un edificio ya existente. En este sentido se contemplaba en el Derecho Castellano en la Ley I del Título XXXII de la Tercera Partida: «*Lavor nueva es toda obra que sea fecha, e ayuntada por cimiento nuevamente en suelo de tierra o que sea comenzada de nuevo sobre cimiento, o muro, o otro*

(88) LASSO GAITE, F. *op. cit.* p. 584 y 592 respectivamente.

(89) *Op. cit.* folio n.º 94 n.º 5. *Vid.* además, folio n.º 93 n.º 3 y folio n.º 98 n.º 18

(90) *Vid.* pp. 17-18 de este estudio.

(91) *Vid.* Nota n.º 50. Además, MANRESA NAVARRO, J. M.ª T. IV *op. cit.* p. 322.



*edificio antiguo: por la qual lavor se muda la forma, e la facion de como ante estava. E esto puede avenir labrando o edificando ome y mas, o sacando ende algunas cosas, porque este mudamiento aconzeca en aquella lavor antigua...».* El propio Código también se refería, en el Título XXVIII de la misma Partida, Ley XLI y Ley XLIV, a la obra nueva pero diferenciando según consistiera en elevar de nuevo un edificio (92), al que Gregorio López, en sus glosas, concibe como un gasto útil (93), y aquellas impensas que consistían en rehacer la obra ya existente (94). La distinción conllevaba efectos jurídicos diversos, como se ha cuidado de destacar Carrasco, al estudiar las Leyes XLI y XLIV de la Legislación real de Alfonso X: «a) Cuando se trata de una obra de “mejora”, el poseedor de mala fe tiene derecho al cobro de los gastos necesarios y a la retirada de los útiles. Pero ningún derecho goza el constructor de mala fe (L. 42), b) El constructor en terreno ajeno de buena fe cobra “todas las despensas”, mientras que el mejorante de buena fe sólo los gastos necesarios y útiles» (95).

Los autores catalanes no se alejan, en demasía, de la doctrina expuesta si bien no distinguen, como hace la Legislación regia, entre «lavor nueva» y reparación de otra antigua. Se alude a la trilogía antes reseñada aplicando la expresión *melioratio* al gasto útil. *Melioratio* que consiste en una obra nueva (96).

Por su parte, las Leyes de Toro y, en concreto, aquélla a la que, constantemente vengo aludiendo (Ley XLVI) no concedía derecho alguno a los poseedores de los bienes de mayorazgo por las obras nuevas y reparaciones realizadas en los mismos. El alcance de dicha norma se intentó atemperar para el caso de que se edificara sin licencia del Rey y, en esta dirección, Antonio Gómez consideró que «la prohibición no rige respecto de reparaciones leves o porque el edificio amenace ruina o se le haya caído alguna parte...» (97). En la misma línea, Llamas y Molina afirma tajantemente que las obras a las que se aplicaba la Ley eran obras *nuevas y renovadas* (98).

La distinción trazada en sede de Partidas desaparece en la normativa posterior. Es el Proyecto de Código Civil de 1851 el que elimina, definitiva-

(92) «Heredades agenas compran, o ganen los omes a buena fe, e despues que las han compradas, fazen y de nuevo alguna cosa, assi como torre, o casa, o otro edificio, o si es heredad, plantan y a las vegadas arboles, o ponen majuelos, o fazen y otras cosas semejantes destas nuevamente, como en elo suyo...».

(93) «*Et sic loquitur ista lex in melioramentis quae siunt de novo*» (glosa n.º 3 «nuevamente» folio n.º 391).

(94) «Despensas fazen los omes en las casas, e en las heredades agenas que tienen, non faziendo y de nuevo alguna cosa, más refaziendo o endereçando los edificios en los lugares do es menester, o faziendo y algunas otras cosas, que son provechosas a la casa o a la heredad...».

(95) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 143.

(96) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.º 33-34.

(97) GÓMEZ, A. *op. cit.* folio n.º 244.

(98) LLAMAS Y MOLINA, S. *op. cit.* (Banchs Editor) Barcelona, 1974 folio n.º 380.

mente, la distinción al remitirse en materia de accesión (art. 404) al precepto correspondiente en el que se regulan las impensas posesorias (art. 432,2). Es menester destacar que la remisión operada por el Proyecto de 1851 se hace sólo a la solución normativa de los gastos útiles. Se concibe, por ende, a la edificación, siembra y plantación como mejora (99) y ésta será la concepción que la doctrina posterior a la publicación del Código Civil considere acertada para los arts. 358 y ss. del mismo (100). De hecho, ya con anterioridad al vigente Código civil, B. Gutiérrez escribía que los gastos invertidos «en obras hechas de nuevo no son necesarios» (101).

El codificador francés entendió que la normativa de la accesión era aplicable exclusivamente a las hipótesis de obra nueva excluyéndose, por tanto, las reparaciones, obras de conservación, etc... Estas últimas serían consideradas impensas necesarias que no suponen una mejora en el sentido que aquí se está considerando sino que se trata de gastos relativos a la conservación de un bien. Destaca Demolombe, C. que respecto a la naturaleza de los trabajos realizados debe tratarse de «...*constructions ou de plantations nouvelles, d'ouvrages nouveaux enfin, qui on été créés par le tiers possesseur*» (102), mientras que «...*quand les travaux sont de simple entretien, ou que ce sont des améliorations d'un ouvrage existant, nous ne sommes plus dans les termes de l'article 555...*» (103). La misma línea seguirá el codificador italiano

(99) Lo expuesto no significa que exista —reitero— una perfecta correspondencia entre el gasto realizado y la mejora efectivamente proporcionada a la cosa y ello lo recuerda F. GARCÍA GOYENA cuando en las concordancias del art. 432,2 cita, en primer lugar, la Ley 38, Tít. 1, Lib. 6 del Digesto: «en lo edificado suele suceder que los gastos esceden á la mejora ó utilidad real...» (*op. cit.* p. 382). En el mismo sentido, en época posterior dirá MANRESA NAVARRO, J. M.<sup>a</sup> que «cosas distintas son el gasto y la utilidad que ese gasto puede proporcionar. Hay gastos que no producen mejora y, viceversa, mejoras que no reclaman gasto» (T. IV *op. cit.* p. 322).

(100) SCAEVOLA, Q. M. T. III *op. cit.* (por De Apelategui, P. 5.<sup>a</sup> edic. Madrid, 1948) p. 464 se refiere a gasto útil como mejora; MANRESA NAVARRO, J. M.<sup>a</sup> T. IV *op. cit.* pp. 322 y 330 «los efectos de los gastos útiles...se llaman mejoras. Son mejoras útiles las que aumentan el producto o causan verdadero provecho o beneficio».

(101) *Op. cit.* p. 93.

(102) DEMOLOMBE. C. *op. cit.* p. 609.

(103) LAURENT, F. «*Principes de Droit civil Français*» T. VI 3.<sup>a</sup> edic. (1878) p. 351. Cuando se trata, por tanto, de trabajos no reglados por el art. 555 del Code «les rapports entre le propriétaire et le possesseur se règlent alors, non par la considération de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur, mais para la nature des travaux: sont-ils nécessaires, tout possesseur a droit à une indemnité compète: sont-ils utiles, le propriétaire est tenu jusqu'à concurrence de ce dont il s'enrichit...». De otra parte, el criterio de distinción entre las simples «améliorations» y las obras sometidas al imperio del art. 555 Code es, según el mismo insigne autor, el de la retirada: «...l'article 555 porte que le propriétaire a le droit de retenir les constructions ou d'obliger le tiers à les enlever. Donc, quand il n'est pas possible d'enlever les ouvrages, la loi devient inapplicable...» (p. 352). *Vid.* en el mismo sentido, AUBRY et RAU «*Droit civil français*» 7.<sup>a</sup> edic. par P. Esmein T. II (1961) pp. 358-359; H. L. y J. MAZEUD y CHABAS, F. «*Leçons de Droit civil*» T. II V. II 7.<sup>a</sup> edic. par F. Chabas pp. 305 y 312; CARBONNIER, J. «*Droit civil*» T. III «Les biens» p. 335 Thémis (1956); PLANIOL, M.-RIPERT, G. *op. cit.* pp. 268 y ss.

de 1865 en el art. 450 de dicho cuerpo legal y así lo entendió la doctrina que se entretuvo en su análisis (104).

Por su parte, la doctrina española que más recientemente ha estudiado el tema considera que el tipo de gasto que contempla la normativa de la accesión es el útil y que se trata de una relación jurídico-mejoraticia (105) y entiendo que éste es el mismo supuesto de hecho que contempla el art. 278 Comp. 1984.

#### 6. ADDENDA: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN TORNO AL USATGE «SI QUIS IN ALIENO»

El Tribunal Supremo se hizo eco en sus inicios de lo que ya parecía advertir la doctrina clásica —y, con posterioridad la moderna de forma unánime— acerca de la no aplicación del Usatge a supuestos en los que existía entre los contendientes una relación jurídica.

De las sentencias examinadas, la de *14 de junio de 1956*, es la que más relieve ostenta ya que no sólo se refiere al extremo antes aludido sino que incide en otros aspectos de la accesión. En concreto, respecto de la ausencia de relación jurídica para que sea aplicable la normativa de la accesión, advierte en el segundo considerando que «...en primer lugar el supuesto de hecho en que se apoya es distinto del contemplado en el caso presente, ya que al aludido Usatge, como los preceptos del Código Civil que se citan, presuponen que sea en suelo ajeno lo que se planta, siembra o edifica y que quienes ejerciten tales operaciones no tengan vínculo jurídico de cualquier otra clase con el predio en el que las realizan...» (106).

---

(104) PACIFICI-MAZZONI *op. cit.* p. 66.

(105) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 148; LÓPEZ VILAS, R. *op. cit.* pp. 1006-1007.

(106) En el mismo sentido, *vid.* STS de 8 de marzo de 1898, 28 de febrero de 1906, 9 de abril de 1949, 17 de diciembre de 1955, 1 de febrero de 1979 («...la accesión invertida nada tiene que ver con las obras y edificaciones realizadas por el arrendatario o el usufructuario, que vienen reguladas por su específica normativa...»), 1 de marzo de 1979, 27 de febrero de 1979, 20 de septiembre de 1989, 18 de julio de 1990, 28 de septiembre de 1990, 15 de abril de 1991, sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Territorial de Barcelona de 28 de julio de 1988. Sin embargo, *vid.* STS de 11 de junio de 1985, 17 de junio de 1985, 4 de julio de 1985 las cuales responden a un mismo supuesto de hecho con idéntico pronunciamiento jurisprudencial. Recientemente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de julio de 1991 ha señalado «...no conteniéndose en las específicas normas rectoras de los arrendamientos rústicos disposición alguna acerca de la liquidación de los efectos de la relación arrendaticia en cuanto a las labores y plantíos existentes al tiempo de extinguirse el contrato, ni teniendo los arts. 1.600 y 1.604 y ss. LEC carácter de normas materiales, sino procesales, reguladoras de un procedimiento especial privilegiado para al reclamación de aquéllos, estos es de su equivalente, habrá necesariamente que acudir a los preceptos que el CC dedica a la accesión respecto a inmuebles...».

Los hechos que generaron el pleito fueron los siguientes: Mercedes N. D. (actora) celebró un contrato de compraventa en 16 de diciembre de 1939 con Ramón M. A. y Tiburcia A. M. en virtud del cual vendía a los segundos unos solares. El pago del precio se estableció de forma aplazada dejando los demandados de cumplir su obligación. Ante ello, la vendedora dedujo demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona solicitando que se declarara resuelto el contrato de compraventa y la devolución de los terrenos ocupados con opción de recobrar las sumas abonadas o elegir otro terreno por su importe. Por su parte, los demandados reconocieron el incumplimiento y reconvinieron solicitando que les fuesen abonados los gastos que importaban las mejoras realizadas en la finca durante el tiempo de su posesión, con derecho a retención del predio en tanto no se pagase la cantidad señalada (90.840,15.- pts.). La Sala de Instancia estimó la demanda declarando la resolución del contrato, con la opción anteriormente transcrita y ordenó que se desocuparan los terrenos dejándolos libres a disposición de la actora. Estimó asimismo la reconvenición condenando a la demandante a abonar a los demandados la cantidad de 17.500.- pts. como importe de los gastos realizados (únicos que se consideraron útiles), declarando conforme a lo pedido el derecho de los demandados a retener la finca en tanto no les fuese satisfecha dicha cantidad. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial la confirmó. Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley por diversos motivos, de los que interesa el primero: infracción del Usatge «*Si quis in alieno*» y diversos preceptos del Cc relativos a la accesión.

El supuesto de hecho no es aquél genuino de existencia de una relación jurídica que no transmita el dominio del bien en cuestión. Se trata de una relación jurídica que, con posterioridad, se resuelve, lo cual no impide el pronunciamiento del Alto Tribunal acerca de cuál es el supuesto de hecho de la accesión, a lo que añade que en el caso de Autos la cosa que se mejora es propia: «... cosa muy diferente de la acaecida en el caso que ha dado origen al litigio actual en el que los demandados poseían como propios los terrenos consabidos, en virtud de contrato de compraventa perfeccionado y de comenzada consumación y por lo tanto no les son aplicables las citadas normas que consideran infringidas, sino las relativas a los efectos de la resolución de los contratos...». Sin embargo, pese a estas manifestaciones, considera a los demandados *poseedores de buena fe* y acertada la resolución de Instancia —confirmada por la Audiencia— de conceder la indemnización por las mejoras realizadas así como el derecho de retención.

Sin duda el fallo adoptado en este caso obedece a razones de justicia material. Parece abusivo no conceder la indemnización por las obras realizadas. Ahora bien:

i) podría haberse aplicado el art. 1122 en relación con los arts. 487-488 Cc o el principio general de interdicción del enriquecimiento injusto.

ii) se incurre en contradicción al afirmar la no aplicación de las normas de la accesión y, en cambio, conceder el derecho de retención (recuérdese el tenor literal del Usatge que comento);

iii) ¿cuál es el concepto de buena fe que parece sustentar el Alto Tribunal? Desde luego no el que debe tenerse en cuenta en materia de accesión y al que en líneas sucesivas me referiré. Tampoco el del art. 433 Cc. Parece por el contrario que se vislumbra la noción del principio general de la buena fe y la no defraudación de las expectativas o confianza generada acerca del cobro de los gastos realizados (107).

De otro lado, considero correcto que se diferencie entre gastos necesarios, útiles y de puro lujo (o de mero recreo) a los efectos de aplicar el Usatge «*Si quis in alieno*». En este sentido, de todas las obras llevadas a cabo el Juzgador de Instancia, en méritos de la apreciación de la prueba, considera reembolsables sólo aquéllas que pudieran calificarse como *útiles* y así lo reitera el Tribunal Supremo en su segundo Considerando ya que el Usatge como el art. 278 Comp. —como después se dirá— regulan un supuesto de mejora/gasto útil.

De otro lado, la STS de 4 de marzo de 1892 aborda, en relación con el Usatge «*Si quis in alieno*», un extremo que en la tercera Parte de este estudio relataré. Se refiere a los conceptos retribuíbles al edificante de buena fe respecto de los cuales entiende que «*la indemnización debida al poseedor de buena fe que edificando de nuevo o de cualquier otro modo mejorase la finca ajena, no está determinada por el coste de la obra, sino en tanto en cuanto siendo la misma obra necesaria o útil, se conserve sin menoscabo y exista al tiempo de entrar el verdadero dueño en su posesión, porque de otra suerte podría enriquecerse aquél indebidamente en perjuicio de éste...*».

## II. LOS ANTECEDENTES INMEDIATOS DEL ART. 278 COMP.

Expuesta la doctrina del *Ius Commune* en torno al Usatge «*Si quis in alieno*», es menester referirse a los Anteproyectos y Proyectos de

---

(107) En cambio, en la STS de 1 de octubre de 1874 en cuyo recurso de casación se alegaba dicho Usatge, el Alto Tribunal sostenía un concepto de buena fe que se corresponde con lo señalado en el texto acerca de este extremo: «*Considerando que D. Bartolomé Soler por haber recibido, siendo nombrado Dean, la casa sita en la calle de las Chimeneas, no pudo creer que era suya, ni que era inquilino, sino que la tenía y le correspondía por la dignidad que ejercía y mientras la conservara, sin poder transmitir el derecho a sus herederos*». En el tercer considerando añade que «*por no haber sido el Dean D. Bartolomé poseedor en la creencia de dueño ni inquilino ó arrendatario, no tienen recta aplicación al caso la Constitución 1.<sup>a</sup>, Tít. 1.<sup>o</sup>, libro 9.<sup>o</sup> de las de Cataluña, ni las leyes 41 y 44 del Tít. 28, Partida 3.<sup>a</sup>, referentes á los que edifican ó reconstruyeren de buena fe...*».

Apéndice de Derecho catalán al Código civil y al Anteproyecto y Proyecto de Compilación, para llegar a la redacción definitiva del art. 278 Comp. 1984. Quizá lo más destacable de este epígrafe sea la constatación de que la accesión se regula dentro de la institución jurídica de la posesión y, por tanto, sin alejarse de la regulación contenida en el Código civil, se estudian los derechos del edificante-propietario del suelo como *liquidación de estados posesorios* y, tal vez, ello sea más patente en la Compilación catalana que en el Código Civil pues como ha destacado Carrasco «este art., encabezado por el título de “Accesión”, formula una norma idéntica no al art. 361 CC, sino al 453...» (108).

Dígame, desde ya, que seguiré el orden cronológico de existencia de los Anteproyectos y Proyectos de Apéndice y sólo haré referencia a aquéllos que sean relevantes para la investigación que he propuesto.

En este orden de ideas, debe tomarse como punto de partida el *Proyecto de Apéndice elaborado por Durán y Bas* y su Memoria al respecto. En el Proyecto de Apéndice, la accesión ocupa un solo artículo, es el artículo CXXXVI —precepto que ha pasado casi literalmente al art. 278 Comp.— cuyo tenor es el que sigue:

«el que con buena fe ha edificado en solar ajeno con materiales propios, o ha sembrado en suelo ajeno o desmontado un bosque infructífero que también lo sea, puede retener la edificación o plantación hasta que por el dueño se le reintegre el precio de los materiales y semillas y el importe de los jornales de los operarios. Si ha obrado de mala fe lo pierde todo a favor del dueño» (109).

Debe destacarse que el precepto se inserta en la reglamentación dedicada a la posesión y, en concreto, es el último precepto de la misma. Tras regular el fenómeno de la posesión, se hacía referencia a la accesión que, a su vez, iba seguida de la normativa acerca de las relaciones de vecindad. Se atisba, por un lado, que se liquidan estados posesorios y, por otro, todos los artículos tratan de solventar conflictos de intereses semejantes o paralelos.

Ningún comentario, en especial, dedica Durán y Bas a la accesión, salvo destacar, como hace toda la doctrina, el precedente remoto del actual art. 278 Comp. —el Usatge «*Si quis in alieno*»—, así como un precepto de las *Costums de Tortosa* que hacía referencia a la ocupación de las tierras yermas.

Destaca, Durán y Bas la corta distancia que media entre la Legislación castellana y el Derecho municipal insertando estas alusiones dentro del marco más general del derecho de propiedad y del derecho

---

(108) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 128.

(109) DURÁN Y BAS, M. «*Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*» Barcelona (Imprenta de La Casa de Caridad, 1883) p. 337.

de cosas (110), lo cual no es ajeno a la doctrina de la época que considera la accesión como una extensión del dominio, una de las facultades inherentes al mismo (111).

El *Anteproyecto de Apéndice de Derecho catalán al Código Civil elaborado por Almeda i Trías* no contenía ninguna referencia al derecho de accesión. Sólo el Libro III regulaba «De la ocupación» en los arts. 54 a 58 (112).

Por su parte, el *Anteproyecto de Apéndice redactado por Romaní i Puigdemogolas y Trías i Giró* se limita a remitirse a los arts. 349 a 429 del Código civil. El art. 268 de dicho Anteproyecto dice así:

«Son aplicables a Cataluña los artículos 349 a 429, 610 a 615 y 617 del Código civil».

En cambio, en el *Proyecto de Apéndice de Permanyer i Ayats* (113) se dedica el Capítulo II al «Derecho de accesión» que se inserta en el Título II —«De la propiedad»— y, en concreto, en la Sección II cuyo encabezamiento reza «Del derecho de accesión respecto de los bienes inmuebles» (arts. 390 y ss.). Deben hacerse al respecto dos precisiones:

- i) se estudia la accesión en sede de derecho de propiedad;
- ii) la regulación de la misma es, por lo que respecta al tema que aquí trato, idéntica a la del Código civil. Así, el art. 393 del Proyecto de Apéndice se corresponde con el art. 361 Cc, el art. 394 Proyecto con el art. 362 Cc y el art. 395 con el art. 363 Cc.

El art. 135 del *Proyecto de Apéndice de 1930* (revisado en 1931) reguló el derecho de accesión —Título V «De las cosas y de los derechos

(110) En concreto, es la Parte IV «De los Derechos reales», Cap. I «De las cosas y de los derechos reales en general» (*op. cit.* p. 97).

(111) SÁNCHEZ ROMÁN, F. así lo definía: «La accesión que fue pensada por los romanos como un modo de adquirir el dominio, es considerada posteriormente como una extensión del derecho de propiedad: es un aumento de las facultades dominicales, toda vez que se aumentan o extienden la materia sobre que ella se ejerce» (T. III *op. cit.* p. 88). Además, *vid. notas n.º 15-16*. la doctrina catalana del S. XIX y principios de la presente centuria considerará, también, en el mismo sentido a la accesión (PELLA y FORGAS *op. cit.* p. 70; BROCA y AMELL *op. cit.* p. 4; CORBELLA, A. «Manual de Derecho catalán» Reus (1906) p. 389; BORRELL y SOLER, A. M. «Derecho civil vigente en Cataluña» 2.<sup>a</sup> edic. Barcelona p. 73; ELÍAS, A. y FERRATER, E. «Manual de Derecho civil vigente en Cataluña» 3.<sup>a</sup> edic. (1885) p. 233).

(112) ALMEDA, J. y TRÍAS I DOMÉNECH, M. «Anteproyecto de Apéndice del Derecho Catalán al Código Civil» Imp. Casa Provincial de Caridad (publicado sin fecha).

(113) PERMANYER I AYATS, J. J. «Proyecto de Apéndice al Código Civil» Barcelona. Imprenta de la Casa Provincial de Caridad (1915).

en ellas»— (114), precepto que pasará a ser el art. 135 del *Anteproyecto de Compilación de Derecho civil especial de Cataluña* (115) que se hallará inserta en el título I dedicado a «De la posesión y de la accesión» del Libro II —«De las cosas y de los derechos reales»—. Nótese que se regula conjuntamente con la posesión.

El *Proyecto de Compilación* contenía un precepto relativo a la accesión —parecido al del art. 135 del Anteproyecto— cuyo tenor literal permanecerá hasta llegar al actual art. 278 Comp. El art. 164 explicitaba que:

«el que con buena fe edificare en solar ajeno con materiales propios. o sembrare, plantare o roturare en suelo o bosque infructíferos también ajenos, podrá retener la edificación, plantación o cultivo hasta que el dueño le reintegre o consigne judicialmente el precio de los materiales, semillas o plantas y de los jornales invertidos, según declaración de su importe por el que pretenda la retención. sin perjuicio de su comprobación posterior. El que al edificar, sembrar, plantar o roturar haya obrado de mala fe, lo perderá en favor del dueño de la finca» (116).

Puede observarse, pues, que en definitiva los distintos textos legales se mantienen sustancialmente en la línea del Usatge «*Si quis in alieno*» que como señalará Durán y Bas es la única o una de las escasas diferencias entre el Derecho de Castilla y el Derecho Catalán (117).

(114) Art. 135: «El que con buena fe ha edificado en solar ajeno con materiales propios. o ha sembrado o plantado en suelo ajeno o desmontado un bosque infructífero que también lo sea, puede retener la edificación o plantación hasta que por el dueño se le reintegre el precio de los materiales, semillas o plantas y de los jornales de los operarios, mediante declaración de su importe. o que se consigne judicialmente este porte, sin perjuicio de su comprobación posterior. Lo pierde todo a favor del dueño el que, al edificar, sembrar, plantar o desmontar el bosque, haya obrado de mala fe» (Fuente: «*Apéndice de Derecho Catalán al Código Civil*» 1931 (Proyecto formulado antes de la promulgación del Código, por el eminente jurista Don Manuel Durán y Bas, Revisado y completado por la actual Comisión. constituida de acuerdo con el R. D. de 24 de abril de 1989).

(115) Fuente: «*Anteproyecto de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*» (Barcelona, 1953).

(116) Fuente: «*Proyecto de Compilación del Derecho civil Especial de Cataluña*» (formado con arreglo a lo dispuesto en el art. 6.º de la Ley de Bases del Código Civil y en el Decreto de 23 de mayo de 1947, por la Comisión de Juristas para el estudio y ordenación de las instituciones de Derecho Foral de Cataluña nombrada por Orden del Ministerio de Justicia de 10 de febrero de 1948) Ed. Ariel Barcelona.

(117) Y añade «...siendo ligeras las variantes que según el derecho de Castilla y el especial de Cataluña existen respecto á la organización del dominio. —pues no son esenciales las que presenta aquel derecho respecto al romano de donde están casi en su totalidad tomadas sus disposiciones, y las diferencias, p. ej., sobre el hallazgo del tesoro y algunas otras no son de tal índole que recíprocamente se repugnen—, es evidente que ó pueden convertirse en derecho común los preceptos del romano si tienen más valor jurídico que los del de Castilla por ser más conformes á justicia y á la naturaleza de la institución, ó hacerse comunes los de la legislación castellana» (*op. cit.* p. 105).



Los distintos Anteproyectos de Apéndice, así como la Compilación, no se alejan en demasía de su remoto precedente tratado *supra* (sub I). De otro lado, vuelve a ponerse de relieve que la accesión y toda la cuestión de los conceptos que son reembolsables para el edificante, cultivador, etc. ... se estudia en sede de impensas posesorias. De ahí, precisamente, que los autores clásicos analicen la accesión en dicha sede.

Finalmente, sólo destacar que el derecho de accesión en la Compilación catalana, dado el engarce directo con el Usatge en cuestión, está regulado en un solo precepto. Obvio es señalarlo. Sin embargo, a pesar de la obviedad conviene destacarlo para, seguidamente, afirmar la parca normativa en esta materia y su insuficiencia para regular las situaciones que acontecen en la realidad social. En este sentido, es menester una nueva regulación que aborde cuestiones relacionadas con la accesión o, cuando menos, ofrecer soluciones normativas a los potenciales conflictos de intereses.

### III. LA ACCESIÓN INDUSTRIAL EN EL DERECHO CATALÁN. *Análisis del artículo 278 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña*

En esta sede va a analizarse la *species facti* del art. 278 Comp. teniendo en cuenta no sólo las opiniones de los autores clásicos catalanes, que, por lo demás, no se apartan de los restantes juristas del Derecho Común, sino también la doctrina jurisprudencial al respecto elaborada por el Tribunal Supremo y la escasa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Escasez debida, como se conoce, a la corta «vida» del mismo.

#### 1. EL DERECHO DE ACCESIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR PREVIO PAGO DEL IMPORTE DE LOS MATERIALES, SEMILLAS Y JORNALOS DE LOS OPERARIOS

Conviene iniciarse con una lectura del artículo 278 Comp.:

«el que con buena fe haya edificado, sembrado, plantado o roturado en suelo ajeno, podrá retener la edificación, plantación o cultivo hasta que el dueño le reintegre, afiance o consigne judicialmente el precio de los materiales, semillas o plantas o de los jornales de los operarios, en la cuantía que declare quien pretenda la retención, sin perjuicio de las comprobaciones posteriores. El que al edificar, sembrar, plantar o roturar haya obrado de mala fe, perderá en favor del dueño del suelo la edificación, plantación o cultivo».

Escribían Faus y Condomines, cuando contaba pocos años de vida la Compilación de Derecho civil de Cataluña que el precepto, cuyo comentario me ocupa, divergía del artículo 361 del Código civil. «Bastaría recordar que este último precepto formula una declaración de

derechos a favor del dueño del terreno, con una opción; mientras el precepto que examinamos (*se refiere al art. 278 Comp.*) regula el caso partiendo de los derechos del que ha edificado...» (118). Además, añádan que el edificante,... gozaba «...de un amplio derecho de retención para el caso de que no se le satisfaga, pagando, afianzando o consignando judicialmente». La medida de aseguramiento prevista en el art. 278 Comp. ha sido un elemento de primer orden para que la moderna doctrina catalana considerara que en el Derecho catalán la accesión es un modo de adquisición de la propiedad «*ipso iure*». Se dice que de ahí precisamente el derecho de retención, retención sobre cosa ajena, dado que el dominio ha pasado al *dominus soli*. Se añade, por otra parte, que de la propia literalidad del art. 278 Comp. se deduce el carácter automático pues el precepto se refiere a la retención de la edificación, plantación o cultivo. En pro de ello cabe argüir que el art. 358 y el art. 359 Cc recogen el principio *superficies solo cedit* (119). El tenor literal del art. 278 Comp., ciertamente, parece abogar en pro de la automaticidad de la accesión como modo de adquirir la propiedad. Sin embargo, no es menos cierto que el inciso final del propio precepto estatuye que en caso de que el edificante sea de mala fe pierde la edificación, plantación o cultivo («...*el que al edificar, sembrar, plantar o roturar haya obrado de mala fe, perderá en favor del dueño del suelo la edificación, plantación o cultivo...*»). La pregunta que puede suscitarse es la siguiente,

---

(118) F. DE A. CONDOMINES VALLS-R. FAUS ESTEVE «*Derecho civil especial de Cataluña*» Barcelona (1960) p. 321. Palabras que hace suyas CUSÍ ESCOFET, W. en el comentario a la STS de 30 de mayo de 1969 en «*Accesión industrial-Derecho de retención*» publicado en la obra «*El Derecho civil catalán en la jurisprudencia*» T. VII (1969) p. 87.

(119) PUIG FERRIOL, L. «*Comentario al art. 278 Comp.*» T. XXX cit. p. 14 «Por tanto, en este caso, y no obstante la buena fe del edificante o cultivador, juega el principio de accesión en beneficio del propietario del suelo conforme al artículo 359 del Código Civil, o sea, que la edificación, plantación, siembra o roturación pertenecen al propietario del suelo. Pero, como contrapartida, el artículo impone a dicho propietario el deber de indemnizar al que edificó, plantó, sembró o roturó el importe de los materiales, semillas, plantas o jornales empleados, *de suerte que aquí puede presentarse la duda de si el propietario de la finca adquiere por accesión estas incorporaciones desde que se produjeron, o únicamente a partir del momento en que hace efectivo el deber de indemnizar que le impone el precepto. Creo debe acogerse la primera de estas posibles soluciones, no sólo porque así se deriva de la declaración general del artículo 358 del Código civil, que como se sabe, establece la accesión a favor del dueño del suelo de todo lo edificado, sembrado o plantado en él; sino también porque el referido artículo 278 de la Compilación otorga en este caso al constructor, o al que sembró, plantó o roturó el derecho de retención, que por su propia naturaleza implica que el titular de este derecho no es propietario de la cosa objeto de la retención. Por consiguiente, en estos casos de accesión ex artículo 278 el propietario del suelo adquiere, por accesión, y desde el momento en que se producen, todas las edificaciones, plantaciones o siembras que se asientan sobre la finca de su propiedad; pero la posesión de lo construido, sembrado, plantado o roturado no la tiene, caso de que el edificante haga valer el derecho de retención...*».

¿qué pierde? ¿la propiedad o la posesión? La respuesta que se impone, de acuerdo con la tesis anteriormente destacada, es que se pierde la posesión de la obra, plantación, etc. ... dado que el dominio desde el momento de la incorporación pasó al propietario del suelo. Este posicionamiento parece acoger la teoría que, en su momento, defendió R. M.<sup>a</sup> Roca Sastre según el cual y en referencia al art. 361 Cc «el desplazamiento de la propiedad de lo edificado en terreno ajeno, por un tercero de buena fe, a favor del *dominus soli* se produce automáticamente, *ipso iure*, sin que sea requisito indispensable esperar a que se satisfaga la indemnización ni se ejercite la opción que a favor del dueño del predio en que se ha edificado señala el art. 361 y que de no ser así, no tendría razón de existir el derecho de retención a favor del que ha edificado en terreno ajeno» (120). En conclusión, por tanto, resultaría cierto que lo que se pierde es la posesión.

No obstante, en mi sentir, esta teoría puede ser cuestionable. *Prima facie* parece cierto que se retiene la edificación, plantación, cultivo, siembra.... Es más, el Usatge «*Si quis in alieno*» así lo precisaba: «...poras retenir la casa», «de aquell sie la casa de qui sera lo sol». Ahora bien, la misma norma establecía la donación de la edificación en caso de que el edificante fuera de mala fe. Por tanto, no existía hasta ese momento transmisión de la propiedad.

De otra parte, también se ha aducido que la tesis del Profesor Roca Sastre halla corroboración en las fuentes clásicas. En concreto, en el párrafo 30 Título I Libro II de las Instituciones de Gayo (121). Se recordará que en el estudio histórico precedente se señalaba que en Derecho romano la accesión contaba, entre sus posibles acepciones, con la de ser un modo de adquisición de la propiedad. Sin embargo, también se destacaba que el fenómeno de la accesión no dejaba de ser peculiar por cuanto el dueño de los materiales no perdía el dominio de los mismos, si bien el *dominus soli* adquiriría la propiedad del total edificio. El dominio se mantenía latente —en expresión de los estudiosos del Derecho romano— de suerte que si el edificio se destruía, el dueño de los materiales podía reivindicarlos: renacía, pues, su derecho de propiedad (122). Esta situación se transmite al Derecho Intermedio (123). Dado este especial mecanismo de adquisición de la propiedad, en mi opinión, no es demasiado sólido el fundamento de la adquisición automática del derecho de propiedad mediante la accesión, con base en el argumento histórico.

---

(120) ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup> «*Ensayo sobre el derecho de superficie*» RCDI (1961) pp. 26-27.

(121) Así lo ha señalado, CUSÍ ESCOFET, W. *op. cit.* p. 91.

(122) *Vide supra* nota n.<sup>o</sup> 63.

(123) VINNIO, A. *op. cit.* p. 261.

Finalmente, si se considera que lo que pierde el edificante de mala fe es la posesión, deberá entenderse que la edificación de mala fe en suelo ajeno es causa de pérdida de la posesión. Ahora bien, en el art. 460 Cc en el cual, como se sabe, se prevén las causas de pérdida de la posesión, no se alude como posible causa de pérdida de la posesión a la edificación en suelo ajeno de mala fe. De otro lado, la doctrina ha considerado que el elenco contenido en el artículo 460 Cc es *numerus clausus* (124). Por tanto, desde el tenor del Código civil surgen dudas acerca de la interpretación que combato. En esta dirección cabría plantearse la posibilidad de que, tal como acontece en el art. 361 Cc, el dominio del edificio,... no se adquiere hasta que se haya realizado el pago de los conceptos que detalla el art. 278 Comp. (125). A esta tesis cabe oponer un obstáculo: el derecho de retención aparece concebido en función de una cosa ajena en la cual se han llevado a cabo gastos o por razón de la cual se han sufrido una serie de perjuicios. Con la interpretación que aquí se propone, resultaría que el edificante retendría una cosa propia lo cual es un imposible jurídico. De hecho, el inconveniente es tan sólo aparente ya que, en realidad, el edificante retiene el suelo sobre el que ha edificado, cultivado, plantado o roturado y del cual ostenta la posesión necesaria para llevar a cabo la construcción o plantación (126). Luego, por tanto, el derecho de retención se verifica en cosa ajena: *el suelo es, por hipótesis, ajeno*. Ahora bien, ello no debe llevar a que la retención sea del total de la finca, sino de la parte sobre la cual se edificó, roturó, sembró o plantó.

---

(124) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. «Fundamentos...» T. II p. 530 entiende que, quizá, el único supuesto que no quedaría comprendido estrictamente en el elenco del art. 460 Cc sería el caso de atribución judicial de la posesión a un persona distinta del poseedor actual.

(125) La *sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 18 de octubre de 1971* así parece entenderlo. Por su parte la *SSTJ de Cataluña de 25 de abril de 1992*, alude, con cierta confusión de conceptos, a compra en caso de pago de los jornales de los operarios y precio de semillas y materiales, lo que postula en favor de la tesis defendida en el texto pues, implícitamente, no parece pensarse en una adquisición automática (Fto. de Derecho 4.<sup>o</sup> en La Llei T. 1992-2 p. 19). De forma parecida DÍEZ-PICAZO consideraba que la indemnización a la que se refiere el art. 361 Cc «*opera como contraprestación de la adquisición de lo edificado y por este carácter de contraprestación que la indemnización tiene, se produce un sinalagma funcional: el pago del previo debe ser precio o, por lo menos, simultáneo a la adquisición*» («Estudios de jurisprudencia civil» T. II p. 269 en el Coment. A la STS de 2 de enero de 1928).

(126) En esta dirección, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A. «*Sistema de Derecho civil*» T. III (1990) p. 183 «por eso debe recaer sobre la posesión del terreno ocupado, lo que carece de sentido dado que ya es poseedor necesariamente porque forma un todo con lo edificado, plantado o sembrado. En suma, el derecho de retención en el juego del artículo 361 carece de justificación plausible». No convengo con la afirmación transcrita ya que precisamente para poder ejercitar el derecho de retención debe ser poseedor. El problema estriba, a mi modo de ver, en desvincular los presupuestos del derecho de retención del supuesto de hecho de la accesión: para comprender la justificación del derecho de retención como garantía en la accesión debe tenerse presente la base fáctica de aquél, es decir, la tenencia material o posesión del bien que se retiene así como su carácter.

Cuando el constructor es de mala fe pierde la propiedad de la edificación y no ostenta el derecho de retención sobre la finca ajena porque no se da el supuesto de hecho para que nazca tal garantía. La buena/mala fe integra el supuesto de hecho de las soluciones normativas en materia de accesión y, además, la buena fe es uno de los requisitos exigidos para que se goce de la medida de aseguramiento que representa el *ius retentionis*. De ahí, precisamente, la literalidad del inciso final del art. 278 Comp. que, en este sentido, es equivalente al tenor literal del art. 362 Cc («*el que edifica, planta o siembra de mala fe, en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado sin derecho a indemnización*»).

Como se conoce, la doctrina en general ha sostenido la misma teoría para el artículo del Código civil. Se considera que no se da una adquisición *ipso iure* sino que se condiciona al previo ejercicio de la opción prevista en el art. 361 en relación con los arts. 453 y 454 Cc (127). La jurisprudencia también se ha hecho eco de esta cuestión y a pesar de que, en un primer momento, se encuentran fallos que parecen acoger la tesis de la adquisición automática del dominio —*SSTS de 8 de julio de 1897 y 21 de mayo de 1928* (128)— posteriormente, con mejor criterio, ha entendido que la doctrina jurisprudencial debe orientarse de acuerdo con la doctrina científica dominante emanada en torno a la in-

---

(127) Una rigurosa exposición de las distintas teorías en CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* pp. 217 y ss. *Vid.* DE ANGEL YAGÜEZ, R. *op. cit.* p. 482 y ss; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. «*Estudios de jurisprudencia civil*» T. II p. 269; ALONSO PÉREZ, M. en EDERSA T. V V. I (1990) *op. cit.* pp. 370 y ss.; LÓPEZ VILAS, R. *op. cit.* p. 1015.

(128) La *STS de 21 de mayo de 1928* que, por regla general, la doctrina se ha cuidado de destacar como una de la primigenias que mantenían la adquisición automática de la propiedad de la edificación, siembra, plantación por el *dominus soli*, es sin embargo, confusa. Se dice en su tercer considerando que «aun admitiendo como un error la cita que se hace en el segundo motivo del recurso del artículo 361 del Código de Comercio y estimando que ha querido invocarse el mismo artículo del CC, es notorio que su aplicación ha sido acertada, porque, reconocido por la sentencia recurrida, y consentida esa declaración por el recurrente, que la finca era propiedad de don Sebastián Henríquez y Henríquez, hoy de su viuda doña María Manuela Navarro y Navarro, tiene igualmente que admitirse que las obras ejecutadas en la gañanía y en el estanque, y sobre todo en la ampliación del terreno de éste, son accesiones que se han verificado y que deben regirse por lo dispuesto en el artículo 361, el cual guarda íntima relación con el 453, dada la referencia que al mismo hace, y no excluye el derecho del que verificó la accesión de buena fe para retener en su caso la cosa en la cual se ejecutó la accesión hasta que se le abone o indemnice el valor de la misma, pues al fin y al cabo en ambos casos existe la posesión del bien en que se realizó la mejora...». El abono del valor es ¿de la accesión misma o de la cosa en la cual se ejecutó la accesión? Si es el valor de esta última, parece obvio que no se refiere a la edificación, plantación, siembra, etc... sino al terreno que es en el que se verifica la accesión y ello resulta incompatible con la adquisición automática. Sin embargo, posteriormente aduce que «...no hay razón alguna para negar la retención, si no se indemniza al que ejecutó las mejoras».

interpretación del art. 361 Cc. En esta dirección, se afirma en la STS de 31 de diciembre de 1987 que «Primera. La doctrina jurídica dominante emanada en torno a la interpretación del precepto del art. 361 del Código civil, viene sosteniendo de manera uniforme que esta disposición legal, no admite la accesión automática en beneficio del dueño del terreno, a quien simplemente se concede un derecho potestativo consistente en optar «por hacer suya la obra» o, contrariamente, por «obligar al constructor a la adquisición del terreno». Ahora bien este derecho potestativo o de configuración jurídica, que supone una facultad de decidir conlleva necesarias contraposiciones. Y así, en el supuesto de que el dueño del terreno opte por hacer suya la obra, deberá indemnizar de una manera previa, o cuando menos simultánea, evitando con ello un enriquecimiento injusto por su parte y sin que, hasta que la indemnización se haya producido, pueda el propietario del suelo ejercitar con éxito la acción reivindicatoria con relación a las construcciones levantadas sobre su terreno. Segunda. Que en análogo sentido se oriente la doctrina jurisprudencial de esta Sala recaída en torno a los citados preceptos, al declarar: A) Que el acto de edificar en terreno ajeno puede revestir las siguientes modalidades: a) con plena conciencia por parte del constructor de que el suelo no está en su patrimonio, en cuyo supuesto pierde lo construido en beneficio del dueño del terreno, sin derecho a indemnización, si éste no opta por la demolición de lo edificado a costa del propio constructor; siguiendo, por tanto, el principio «superficies solo cedit» (art. 362 y 363 del Código Civil); b) en la creencia de que el terreno le pertenece por título idóneo en derecho y en este específico caso también el dueño del solar tiene la facultad jurídica de hacer suya la obra, pero con la indemnización al constructor ésta decide a favor del poseedor de buena fe vencido en juicio, si no prefiere obligarle a pagar el precio de la finca ocupada (art. 361, relacionado con el 453 y 454 del propio Cuerpo legal). B) Que la mera lectura del art. 361 del Código civil pone de manifiesto que en él se reconoce al que edificó de buena fe el derecho a ser indemnizado a lo que ha de unirse la acción que puede ejercitar; y sobre cuyo cumplimiento, en su caso, puede optar en derecho al ser interpelado, haciendo uso del derecho de opción que el artículo le concede, mas no de forma subrepticia, sino en el momento procesal en el que se invoca la aplicación de dicho art. 361. C) Que si bien es cierto que el art. 353 del Código Civil preceptúa que la propiedad de los bienes da derecho, por accesión, a todo lo que ellos produzcan o se les una o incorpore natural o artificialmente, no lo es menos que conforme al art. 358, un derecho se regula, cuando se trata de bienes inmuebles por los artículos 453 y 454, o a obligar al que edificó o sembró a pagarle el precio del terreno, lo cual interpretado no sólo en su sentido literal sino en el sentido que mientras esa indemnización no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado y, por el contrario el que edificó de buena fe tiene el derecho de retención establecido en el artículo 453 del propio Código, puesto que la «res

*nova*» que aparece en la figura de la accesión no provoca en caso de buena fe declarada sin más y por la sola constancia de lo edificado un desplazamiento patrimonial sino mediante la opción determinada en el art. 361, y por ello ni al que realizó la edificación, ni al dueño del terreno les compete la reivindicación, lo mismo al que edificó por lo edificado que al dueño del terreno sobre el que se edificó...». El giro jurisprudencial se inicia con la STS de 2 de enero de 1928, 4 de julio de 1928, 23 de marzo de 1943 y 18 de marzo de 1948, a la que siguen las SSTS de 17 de diciembre de 1957, 2 de diciembre de 1960, 17 de junio de 1961, 24 de enero de 1986 y 17 de febrero de 1992, entre otras. Obsérvese que de acuerdo con esta corriente doctrinal y jurisprudencial, el Tribunal Supremo entiende que el propietario del suelo no puede ejercitar la acción reivindicatoria de lo incorporado (pues previamente debe decidirse por alguno de los miembros de la opción prevista en el art. 361 Cc) como también le está vedada al edificante.

Por su parte, la doctrina más moderna, que se ha dedicado al tema, considera que, de hecho, los preceptos del Código civil contemplan toda una serie de acciones a favor del propietario del suelo «entre las cuales se encuentra la de la posibilidad para el propietario de hacer suya la construcción levantada en su suelo» (129). Es una decisión que corresponde tomar al *dominus soli*. No en vano el Cc regula la accesión tomando por norte los derechos de aquél. En la Compilación catalana, como he señalado al hilo de las palabras de Faus y Condomines, se adopta el punto de vista del edificante, lo cual a mi modo de ver no es óbice para considerar que el edificante mantiene la propiedad del edificio si del mismo es predicable la buena fe, hasta que no se le satisfaga el precio de los materiales o semillas y los jornales de los operarios. Pese a ello, no es descartable que la literalidad del art. 278 Comp., en concreto en su inciso final sea explicable con base en el trasvase de textos. Es decir, motivado por la abrogación de la presunción de donación que se contenía en el Usatge «*Si quis in alieno*» y que para el Derecho del Código se cuidó de eliminar el Proyecto isabelino de 1851.

Quizá el estudioso del Derecho y, en concreto, el del Derecho civil se pregunte qué sentido tiene la disquisición teórica ofrecida. En mi opinión, la misma tiene unos efectos jurídicos de orden práctico innegables. La decantación por una u otra posibilidad —adquisición *ipso iure* de la propiedad o condicionada al previo pago de la indemnización— condiciona las soluciones que se pueden dar a las diferentes situaciones que se presentan: si se diferencia entre gastos necesarios,

---

(129) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 239 donde contundentemente afirma «Es, por tanto, un conjunto de acciones, no un particular modo de adquirir con consistencia autónoma».

útiles y de puro lujo (o de mero recreo), como creo debe hacerse, deberán determinarse las soluciones normativas en cada uno de estos supuestos y para los cuales guarda silencio el art. 278 Comp., trasunto del Usatge «*Si quis in alieno*», y para adoptar dichas soluciones es menester detenerse en la accesión como modo de adquirir *ipso iure* o condicionado al previo pago de los conceptos detallados en el precepto en cuestión.

## 2. EL ART. 278 COMP. ES UN SUPUESTO DE MEJORA-GASTO ÚTIL. SOLUCIONES NORMATIVAS.

Como destacué en la primera parte de este trabajo, el art. 278 Comp. no distingue entre gastos necesarios, útiles, y de puro lujo o de mero recreo. En cambio, la tricotomía fue reiterada y estuvo presente en el estudio que hicieron los clásicos catalanes de la accesión y del Usatge en cuestión.

Se recordará que los gastos necesarios eran abonables a todo poseedor, ora de buena ora de mala fe (130). Si esto era y es así, se convenirá en que el supuesto de hecho del art. 278 Comp. no puede referirse a este tipo de gastos. De hecho, de la propia literalidad del precepto se desprende la afirmación.

De otra parte, edificar, plantar, sembrar, roturar son actividades que implican una mayor utilidad para la finca en la cual se desarrollen y, en su caso, pueden conllevar un aumento del valor de la misma (131). Este es el gasto útil con la consiguiente vertiente mejoraticia que presenta. Nótese que, además, el supuesto de accesión y al que hacen referencia los autores catalanes y que después pasa, en su fórmula legal más cercana al art. 278 Comp., es el de *melioratio*. Aun a riesgo de ser insistente, conviene recordar que con dicha expresión se viene haciendo alusión, en el bosquejo histórico precedente, a edificios, arbustos, plantaciones, etc. ... En este sentido se definía a la mejora como aquellas que «...*plus redditur sit quam in vinetis, vel arbustis, vel olivetis quae fuerunt, forsam etiam haec deicere poterit; siquidem ei permittitur meliorare proprietatem*» (132). Aceptación que se encontraba ya presente en el Derecho romano: D. 41.1,7,12; 6.1,23,4; 6.1,38. Este último texto es especialmente importante pues destaca cómo la construcción en suelo no propio se concebía como un dispendio que debía ser abo-

(130) La misma normativa se encuentra en el art. 453 Cc primer inciso: «*Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan*».

(131) *Vid.* SCAEVOLA, Q. M. T. VIII *op. cit.* p. 456 y que recuerda MARTÍN PÉREZ, A. en sus Comentarios al art. 453 Cc en Edersa T. VI (1980) p. 303.

(132) *Vid.* nota n.<sup>o</sup> 60.



nado al poseedor de buena fe. Ahora bien, el abono quedaba limitado entre dos cantidades y así se reintegraba la menor suma entre el gasto y el aumento de valor (mejora) efectivamente producido en el fundo ajeno: «*In fundo alieno quem imprudens emerat, aedificasti aut conseruisti deinde evincitur...: redatt impensam ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundo accesserit, solum quod impensum est*».

También los clásicos catalanes se refirieron a la edificación como un supuesto de mejora-gasto útil (133) y en sede de Partidas, recuérdense las Leyes XLI a XLIV del Tít. XXVIII de la Partida III. En efecto, para la mejora-gasto útil, se consideraba la posibilidad de que el edificante de buena fe se viera reembolsado del mismo con la posibilidad de ejercitar el derecho de retención (*exceptio doli*), mientras que respecto al de mala fe se entendió que se hacía donación de las mismas. Desaparecida la presunción de donación, se consideró que perdía la obra en la que se materializaba dicho dispendio, en beneficio del propietario del suelo.

Por su parte, la doctrina anterior (134) y posterior (135) a la publicación del Código civil consideró que «*el constructor de buena fe era aquél que había mejorado la finca*». Semejante parecer ha sostenido la doctrina moderna respecto de la accesión regulada en el Código civil o, por mejor decir, respecto de las soluciones normativas que éste aporta al conflicto de intereses que subyace en aquélla (136).

En consecuencia, pese a la parquedad normativa del art. 278 Comp., éste regula un supuesto de mejora/gasto útil. Tesis a la que no es ajena la moderna doctrina catalana que en el estudio del artículo en cuestión alude al enriquecimiento injusto del propietario del suelo a expensas del edificante. Enriquecimiento injusto que presupone que ha habido un aumento de valor de la finca. Por tanto, que se ha mejorado (137).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo consideró, en su momento, que el Usatge «*Si quis in alieno*» no era aplicable a las mejoras hechas en una casa por la persona que la ocupaba (*STS de 1 de octubre de 1874*) o distinguió entre gastos necesarios, útiles y voluptuarios a los efectos de su aplicación (recuérdese la *STS de 14 de junio de 1956*). Más reciente en el tiempo, la *STS de 27 de febrero de 1979* entendió no aplica-

(133) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.º 33.

(134) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. *op. cit.* p. 544 y ss.

(135) SÁNCHEZ ROMÁN, F. T. III p. 150.

(136) *Vid.* por todos, CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 132 y ss. y 148 y ss.

(137) PUIG FERRIOL, L. «*Comentario al art. 278 Comp.*» *cit.* p. 13. Más claramente, quizá, en p. 12 cuando al referirse al supuesto de roturación se afirma que «...sirve para indicar el supuesto de desmonte de un bosque infructífero, que experimenta una mejora o sobrevalor como consecuencia de los trabajos realizados para ponerlo en situación de ser explotado». En cambio, guarda silencio al respecto, CUSÍ ESCOFET, W. *en su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1969 op. cit.* pp. 81 y ss. Así parece entenderlo MALUQUER DE MOTES, C. J. *op. cit.* p. 142.

ble el art. 278 Comp. a las *mejoras* hechas por uno de los copropietarios en la finca común. También alude a mejoras la *STS de 3 de diciembre de 1991* en relación con dicho precepto de la Compilación catalana. Esta línea jurisprudencial es seguida, décadas después, por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, en *SSTSJ de Cataluña de 25 de abril de 1992 y de 1 de marzo de 1993*, al aludir al art. 278 se refiere indistintamente a plantaciones, siembras y mejoras concediendo el derecho de retención al demandado/recurrente de las fincas sobre las cuales se desarrollaron las actividades que conllevaron una plusvalía para las mismas (138).

## 2.1. El aumento de valor

La referencia a la plusvalía o aumento de valor de las fincas en las que se ejecutan las plantaciones, siembras, obras y, en general, cualquier mejora, permite traer a colación el precepto del Código civil que regula la temática. Sabido es que el art. 453, 2 Cc estatuye la misma solución jurídica que el art. 278 Comp. si bien la contempla a modo de alternativa con el aumento del valor de la cosa mejorada. El precepto dice así: *«los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en la posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa»*.

La mejor doctrina ha reflexionado —y con ella convengo— acerca de este extremo en el sentido de plantearse la conveniencia de aplicar el art. 453,2 al Derecho Catalán significando que para evitar abusos en la práctica *«cabe apuntar la conveniencia de relacionar este artículo 278 de la Compilación con el art. 453 del Código civil, que resuelve el conflicto entre el propietario y constructor de buena fe en el sentido de conceder a aquél la facultad de indemnizar al poseedor (también con derecho de retención), bien el importe de los gastos o el aumento de valor que haya experimentado la finca»* (139). La opción compete,

---

(138) Esta última sentencia no diferencia entre los tipos de gastos dado que es una cuestión de hecho que aprecia el Juzgador de Instancia en función de las pruebas practicadas.

(139) PUIG FERRIOL, L. *«Comentario al art. 278 Comp.»* cit. p. 16. *«Pero cabe preguntarse si podrá el dueño del terreno invadido enervar el derecho de retención del constructor mediante reintegrarle el valor de la mejora que haya experimentado la finca como consecuencia de la edificación, plantación, siembra o roturación, en el supuesto de que dicho valor sea inferior al importe de los materiales, semillas y jornales de los operarios. Bajo la legalidad anterior se entendió que con respecto a la cesión no se seguía el sistema de valoración propio de las mejoras en general, sino que el constructor podía exigir el importe de los jornales y materiales, aunque excediera del aumento de valor experimentado por la finca. El artículo 278 parece que acoge este mismo criterio que quizá no sea el más adecuado en la práctica, pues es posible que la edificación, plantación, siembra o roturación no resulten beneficiosas para el dueño del terreno, o lo sean en una medida bastante inferior al importe de los materiales, semillas y jornales»*.

como se sabe, al vencedor en la posesión el cual eligirá la suma inferior entre ambas (140). La elección de la menor cantidad ha sido una constante a lo largo de la historia de la institución. Partiendo del Derecho Romano (D. 6,1,38) llega hasta nosotros justificándose en la idea de que el derecho de opción se concede en justa reciprocidad a la atribución patrimonial que se impone, por el constructor, plantador, etc. ... al dueño del suelo. El precedente legislativo más directo del art. 453 Cc es, nuevamente, el art. 432,2 del Proyecto isabelino el cual aparece concordado con el art. 456 del Código Sardo. Respecto de los mismos comenta García Goyena que «El artículo 456 Sardo dispone lo que el nuestro y la ley Romana: “en caso de diferencia entre el precio de las mejoras efectivas y el de las cantidades gastadas, el poseedor (de buena fe) *no tendrá derecho sino al menor de los dos valores*”» (141). En la misma dirección lo abordó la doctrina francesa anterior a la Codificación, si bien partía del supuesto de que, por regla, el costo de la obra, plantación, etc. ... realizada sería superior al efectivo aumento del valor generado en la finca. En esta hipótesis, el propietario del suelo no venía obligado al pago íntegro de los gastos sino *«seulement jusqu'à concurrence de ce que la chose sur laquelle il les a faits, et qui fait l'objet de l'action en revendication, se trouve en être augmentée de valeur au temps du délais qu'il en doit faire»* (142). En el caso inverso, es decir, que la suma por el aumento de valor fuera superior al desembolso realizado *«...le propriétaire n'est obligé de rembourser que ce qu'elle (impense) a coûtée; car, quoique le propriétaire profite de plus, ce n'est que jusqu'à concurrence de la somme que l'impense a coûtée, qu'il profiterait, aux dépens du possesseur, de l'impense qu'il a faite»* (143).

Esta doctrina, basada en el intento de la búsqueda de un equilibrio patrimonial, es acogida por los autores franceses posteriores a la

(140) «Posición ventajosa del propietario que de las dos cantidades puede pagar la menor» (MANRESA T. IV *op. cit.* p. 350).

(141) GARCÍA GOYENA, F. *op. cit.* p. 382 (la cursiva del texto es mía).

(142) POTHIER, R. J. «*Traité...*» T. X *cit.* p. 198. La solución ofrecida se fundamentaba en el principio del enriquecimiento injusto: «Cette obligation ne naît que de cette règle d'équité, qui ne permet pas que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'autrui. Suivant cette règle, le propriétaire ne doit pas profiter, aux dépens de ce possesseur de l'impense que ce possesseur a faite; mais il n'en profite qu'autant que sa chose trouve augmentée de valeur par cette impense: il ne doit donc être obligé à le rembourser que jusqu'à cette concurrence, quand même le possesseur auroit déboursé davantage» (p. 199). Con posterioridad al alumbramiento del Code Civil de 1804, *vid.* MARCADÉ, V. *op. cit.* p. 426; BAUDRY-LACANTINIERE, G. y CHAUVEAU, M. *op. cit.* p. 248.

(143) *Ibidem* p. 199.

Codificación (144) y será insistentemente afirmada por la doctrina española tanto anterior como posterior a la Codificación de nuestro país.

Un sector doctrinal ha pretendido ver la existencia de una acción de enriquecimiento injusto en el art. 361 Cc (145). Como se conoce, la doctrina diferencia entre el enriquecimiento sin causa como principio general o regla moral y el enriquecimiento sin causa como acción (146). Es el primero el que informa la accesión y no el segundo (147). La STS de 6 de diciembre de 1985 acude al «...principio jurídico de evitar un enriquecimiento injusto que informa en nuestro ordenamiento jurídico el instituto de la accesión cuando concurre buena fe...» para justificar el rechazo del primer motivo del recurso de casación que alegaba no contener declaración sobre el montante cuantitativo de la indemnización a percibir por los demandados (D. Luis A. de F. y su esposa) en razón de las cosas de su propiedad cuya accesión se declaraba a favor de la finca de la entidad actora (Inmobiliaria Valleprado, S.A.) (148).

(144) DEMOLOMBE, C. *op. cit.* p. 602 dónde se cuestiona a qué se hace referencia con el aumento de valor: ¿al valor venal o al valor intrínseco y útil?

F. LAURENT no es ajeno a la polémica y al plantearse la cuestión relativa al enriquecimiento del dueño del suelo, afirma que éste se enriquece «de la plus-value que son fonds a acquise par les travaux que le possesseur a faits; c'est donc cette plus-value qu'il devrait payer d'après les principes généraux». «Généralement l'impense sera plus considerable que la plus-value, alors le propriétaire offrira naturellement la plus-value; mais il peut se faire qu'elle soit moindre; dans ce cas exceptionnel, la loi déroge aux principes en faveur du propriétaire. Il peut être très-onéreux pour lui de devoir conserver les constructions qu'il n'aurait pas faits et que peut-être il ne peut pas payer; le législateur a tenu compte de cette fâcheuse position, en lui permettant de payer la moindre indemnité possible au possesseur» (en igual sentido, MARCADÉ, V. *op. cit.* p. 422).

No obstante, debe destacarse que el aumento de valor en el sistema francés sólo se prevenía, antes de la reforma por Ley n.º 60-464 de 17 mai 1960, respecto del edificante de buena fe. Las soluciones normativas para la injerencia de un sujeto ajeno en el que construye de mala fe eran: la demolición (de cuyos gastos se hacía cargo el constructor, amén de los gastos y perjuicios ocasionados, en su caso) o la conservación. Si elige el segundo término de la opción, el propietario del suelo debe abonarle el valor de los materiales y el jornal de los operarios. No ha lugar al abono del aumento de valor de la finca. Esta solución fue criticada dado que en última instancia y, de acuerdo con lo que llevo dicho, sería el poseedor edificante el que se enriquecería a costa del propietario. Y dado que aquél es un poseedor de mala fe, se observó que la normativa favorecía al poseedor de mala fe frente al poseedor de buena fe (F. LAURENT *op. cit.* p. 345). La cuestión aparece solventada con la antecitada reforma que prescinde, si bien no totalmente, de la buena o mala fe del constructor al que denomina (y cualifica) «tiers». Se hacen eco de la polémica. AUBRY et RAU *op. cit.* p. 356 nota n.º 12.

(145) ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. «El enriquecimiento sin causa» Santiago de Compostela (1979) p. 127.

(146) ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. *op. cit.* pp. 12 y ss.; ROCA SASTRE, R. M.ª «Estudios de Derecho Privado» V. I «Obligaciones y contratos» Ed. Revista de Derecho privado Madrid (1948) p. 495 y particularmente p. 508.

(147) Recuerde lo que advertía VINNIO, A. al respecto *op. cit.* p. 263.

(148) La STS de 9 de abril de 1949 contempla la misma idea si bien la técnica jurídica no es del todo acertada.

De otra parte, el esquema de la acción del enriquecimiento sin causa no se ajusta al supuesto de hecho de la accesión. Para el ejercicio de la primera debe existir un empobrecimiento correlato de un enriquecimiento en otro sujeto (el enriquecido) y, obviamente, quien ejercita la acción es el empobrecido exigiendo como máximo la medida de su empobrecimiento. En la hipótesis de la accesión, el empobrecido es el edificante, plantador, cultivador, etc. ... Dicho sujeto puede hallarse en las dos hipótesis siguientes: i) ser un edificante de buena fe (creyendo que el suelo le pertenece) con lo cual a pesar del empobrecimiento no ejercitará, por hipótesis, la acción de enriquecimiento sin causa; ii) ser un edificante de mala fe, pues conoce la ilegitimidad de su acto, en cuyo caso tampoco ejercerá acción alguna o no se opondrá mientras no sea demandado en reivindicación o mediante la defensa interdictal. En semejante situación, quizá, lo probable es que reconvenga exigiendo el ejercicio de la opción prevista en el art. 361 Cc en relación con los arts. 453-454 del mismo Cuerpo legal.

Quizá el dato legislativo más relevante que permite afirmar sin paliativos que la accesión se asienta en el principio del enriquecimiento sin causa (o injusto) se halle en el art. 453 Cc. En efecto, a mi modo de ver, dicho precepto —mediante la opción que otorga al propietario del suelo (por remisión del art. 361 Cc)— se ajusta a las afirmaciones de Pothier, al respecto, líneas más arriba transcritas. De hecho, el aumento de valor supone el enriquecimiento del propietario del suelo y los gastos realizados representan el empobrecimiento del edificante, plantador... Puede existir perfecta coincidencia entre ambas cantidades pero no es lo usual. Entre esos dos posibles baremos se hallará el efectivo enriquecimiento. En este sentido, el edificante sólo podrá solicitar hasta el límite de su empobrecimiento si bien encuentra otro límite adicional: el enriquecimiento del propietario del suelo. De ambas cantidades será abonable la inferior.

Conocida es la *STS de 25 de noviembre de 1985* en cuyo Fundamento de derecho n.º 4 se advierte que «...la acción de enriquecimiento tiene por ámbito el beneficio efectivamente obtenido por el deudor, sin que pueda excederlo, pero tiene también otro límite, infranqueable igualmente, que es el constituido por el correlativo empobrecimiento del actor demandado regirse por la cifra inferior, de suerte que, aun cuando el demandado se haya enriquecido sin causa no podrá el actor reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento, expresado en el caso por los gastos efectuados para la edificación, que no pueden ser rebasados aunque el valor de la finca sea actualmente, por el encarecimiento de la construcción, muy superior...» (149). Este princi-

---

(149) Así lo ha destacado LACRUZ con cita del mismo fallo jurisprudencial [*op. cit.* T. II V. III p. 628 «...porque el empobrecido no puede exigir más que la reconstrucción de su patrimonio, y al patrimonio enriquecido no se le puede imponer más que ser reconducido a su nivel inicial» (p. 631)]. Igualmente DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./ GULLÓN BALLESTEROS, A. «*Sistema de Derecho civil*» V. II (1992) p. 580.

pio es acogido y aplicado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en dos sentencias. La primera de ellas, en el tiempo, es la *sentencia de 25 de abril de 1992*. El *supuesto de hecho* es el siguiente: D. Manuel P. S. ocupaba las fincas propiedad de sus suegros, Dña. Rosario R. G. y D. Juan, las cuales fueron mejoradas a costa del primero. Dña. Rosario y D. Juan formalizaron demanda solicitando que se declarara judicialmente que D. Manuel carece de título para continuar ocupando y utilizando las fincas y se le obligue a dejarlas libres. Entre las fincas cuyo desalojo se solicitaba se encontraba el domicilio conyugal de D. Manuel y la hija de los actores. El Juzgador de Instancia declaró que el demandado carece de título para poder ocupar íntegramente las fincas de los actores y le condenó a dejarlas libres y expeditas. Contra dicha sentencia el demandado interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia estimando en parte el recurso y declarando el derecho del demandado a la retención de las fincas objeto del litigio hasta que no sea indemnizado por el equivalente al tercio del valor de las obras y mejoras realizadas, si bien dicha retención no se extiende al piso que constituía el domicilio conyugal. El apelante interpuso recurso de casación ante el Alto Tribunal catalán y al amparo del ordinal 5 del art. 1.692 de la LEC alegó *interpretación errónea del art. 278 de la CDCC*. Respecto de dicho motivo, el mismo Tribunal destaca, en el Fundamento de derecho cuarto, la diferencia entre calcular el importe de la indemnización con criterios meramente nominalistas o con criterios valoristas (valor actual de los materiales y jornales empleados) que «no tenía trascendencia en los tiempos en que el poder adquisitivo de la moneda se mantenía constante y por ello la cuestión no aparece planteada en los textos clásicos (sic). Pero en épocas en que la depreciación monetaria se produce mes tras mes y alcanza elevadas cotas, el pago en pesetas actuales de una cantidad desembolsada cuando el dinero tenía un valor muy superior resulta inicua salvo que se introduzca algún factor de corrección; máxime cuando, como sucede en el presente caso, entre un momento y otro pueden haber transcurrido más de veinte años con lo que el teórico derecho a ser indemnizado resultaría en la práctica irrisorio si se aplican criterios nominalistas. Por otra parte, la equidad exige también contemplar la situación de los actores, dueños del suelo quienes para levantar el derecho de retención resultante de la aplicación del art. 278 de la Compilación deberían comprar unas construcciones que quizá actualmente no reporten utilidad». Por su parte, la Sentencia del mismo Tribunal de 1 de marzo de 1993, cuyos hechos deben tenerse presentes (150), considera también en su noveno Fundamento de

---

(150) Los hechos aparecen perfectamente delineados en el Fundamento jurídico primero que resumo a continuación: El Sr. Luis Vicens y Hospital era propietario de la finca denominada «Mas Bosch de la Farga». Por escritura pública (de 12-11-1980) dicho Señor segregó de esta finca una parte que vendió a su hijo,

*Derecho que «...la indemnització que pot exigir el reconvenient s'ha de calcular actualitzant el valor dels materials i jornals que es van emprar realment, però solament fins al límit que suposa el valor real de les construccions en l'estat en què avui es troben».*

---

el Sr. Juan Vicens y Vidal. En virtud de otra escritura pública (de 21-2-1981) el Sr. Juan Vicens y Vidal compró al Obispado de Gerona una finca que se encuentra dentro de la denominada «Mas Bosch de la Farga». El Sr. Luis otorgó testamento notarial abierto el día 21 de febrero de 1984 en el cual legaba a sus hijos Juan y Ana María aquello que por legítima les correspondiera e instituyó heredera a su hija María Dolores Vicens y Vidal. Por escritura pública de 22-12-1986 el Sr. Luis donó a su hija María Dolores una finca de su propiedad. El Sr. Luis falleció el 28 de junio de 1987 y su hija y heredera María Dolores tomó inventario de su herencia por escritura pública de 28 de diciembre de 1987. Durante los años 1974, 1975 y 1976 el Sr. Joan construyó en los terrenos de la finca «Mas Bosch de la Farga», propiedad de su padre, una granja y posteriormente realizó unas plantaciones de árboles y, en general, variadas mejoras. Durante todos estos años, el Sr. Juan vivía en compañía de su padre si bien esta situación de convivencia, que se mantuvo incluso después de contraer aquél matrimonio, desapareció cuando en agosto de 1983 el Sr. Juan y su esposa dejaron el domicilio paterno yéndose a vivir a una casa construida en la finca que adquirieron de su padre. Con fecha de 2 de mayo de 1990 la Sra. María Dolores presentó demanda contra su hermano solicitando que se dictara sentencia en virtud de la cual se declaraba su derecho a delimitar su finca «Mas Bosch de la Farga» de las fincas limítrofes propiedad de su hermano; que se lo condenara a dejar las fincas y las granjas que ocupa de forma indebida; que se declare que la posesión de las mismas y de la granja desde 1986 y hasta el día en que se entregue la posesión a la demandante, es una posesión que no tiene ninguna causa que obliga al demandado a restituir el enriquecimiento que ha obtenido como consecuencia de dichas fincas y de la granja; y finalmente que se le condenara al pago de 69.405 pesetas, importe de la electricidad que ha consumido el demandado y que ha pagado el agente, D. Juan reconvinó interesándose por que se declarara que el demandado era propietario de los terrenos ocupados por la granja y construcciones anexas por título de donación hecha por su padre cuando se hicieron dichas construcciones; que la actora ha de pagarle las mejoras que ha realizado en las fincas paternas como también el importe de las plantaciones y cultivo; subsidiariamente que se declarara que el reconviniente tiene derecho a hacer suyos los terrenos porque hizo estas edificaciones con el asentimiento de su padre; que la agente ha de pagar los trabajos realizados; y finalmente, que se le condenara a pagar la legítima que le correspondiera de la herencia paterna y que para el cálculo de la misma se tenga en cuenta el valor de la finca que el padre donó a María Dolores con los correspondientes intereses legales. El Juzgado de Primera Instancia de Gerona dictó sentencia estimando en parte la demanda y en parte la reconvenición y declaró el derecho de la actora a delimitar su finca de las fincas del demandado el cual debe desalojarlas y condena a la actora a abonar al demandado la cantidad de 6.436.220 pesetas así como la cantidad de 2.150.570 pesetas en concepto de legítima. Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación por ambas partes resolviendo la Audiencia Provincial De gerona que estimaba en parte el recurso de apelación de la actora y en parte el del demandado. Así el demandado debía desalojar únicamente aquellas fincas que no eran objeto del derecho de retención que en dicha sentencia se declara. El desalojo se condiciona al hecho de que en ejecución de sentencia el demandado declare las cantidades que menciona el art. 278 Comp. y se condena al demandado a pagar la cantidad de 96.405 pesetas en concepto de suministro de energía eléctrica. Contra dicha sentencia interponen recurso de casación ambas partes litigantes.

En realidad, no existe un trato de favor para el propietario del suelo que de ambas cantidades puede abonar la inferior (151). De hecho, la cantidad supondrá o bien su efectivo enriquecimiento, o el empobrecimiento del edificante. De ahí, precisamente, que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia últimamente mencionada, señale un límite al abono de los conceptos que detalla el art. 278 Comp.: *el valor real de les construccions en l'estat en què avui es troben*.

De otra parte, conviene observar que de las sentencias consultadas, en ninguna de ellas se ejercitó una acción de enriquecimiento injusto. Los litigios que han dado origen a los pronunciamientos jurisprudenciales tienen por base el ejercicio de una acción reivindicatoria (SSTS de 5 de junio de 1894, 2 de enero de 1928, 21 de mayo de 1928, 23 de marzo de 1943, 17 de diciembre de 1957, 17 de junio de 1961, 17 de junio de 1985, 4 de julio de 1985 y 14 de marzo de 1991) una acción declarativa de dominio (SSTS de 27 de febrero de 1979, 9 de julio de 1984, 11 de marzo de 1985, 5 de noviembre de 1986, 30 de octubre de 1986, 18 de abril de 1986, 31 de diciembre de 1987, 23 de mayo de 1989, 3 de diciembre de 1991 y 9 de septiembre de 1991) una acción personal de indemnización de daños y perjuicios (SSTS de 8 de marzo de 1898 y STS de 1 de febrero de 1979, 28 de mayo de 1985, 11 de junio de 1985, 20 de septiembre de 1989 y 15 de febrero de 1991) o, en su caso, se insta a la parte demandada a que ejercite la opción establecida en el art. 453 Cc y se declare el derecho de retención sobre la cosa objeto de la *litis* (STS de 25 de noviembre de 1985). Menos numerosos son los casos en los que se plantea un incidente en ejecución de sentencia sobre abono de mejoras ejercitando el derecho de retención (SSTS de 8 de julio de 1897, 27 de noviembre de 1902, 7 de julio de 1990, 28 de septiembre de 1990 y SAT Barcelona de 30 de noviembre de 1971), aquéllos en los que el tema de la accesión se formula con motivo de la resolución de un contrato (SSTS de 14 de junio de 1956, 22 de octubre de 1987 y 15 de abril de 1991) y, finalmente, se encuentra algún fallo que debió su génesis a la interposición de una acción de petición de herencia (STS de 20 de junio de 1992).

En cuanto al momento de la valoración destaca Bonet Correa que «cuando los gastos se han realizado en una época determinada, o a lo largo del transcurso de los años (...) la cuestión no es tan simple como parece, puesto que se trata de indemnizar no sólo los importes monetarios inicialmente desembolsados por el poseedor anterior, sino también los que se hayan producido hasta el momento de la recuperación de las fincas por sus propietarios...» (152). Debe recordarse que los clásicos catalanes, de forma unánime, entendieron que dicho momento era el de

---

(151) La STS de 25 de noviembre de 1985 afirmó que se obtendría el mismo resultado si se hubiera aplicado la teoría del enriquecimiento injusto.

(152) BONET CORREA, J. *op. cit.* p. 454.



la restitución del bien y no cuando se edificó, plantó o sembró, lógico corolario de que se esté ante una deuda de valor. La doctrina moderna es tributaria de dicha dirección y ello ha sido reflejado en los fallos jurisprudenciales del Tribunal Superior catalán que antes destacaba, si bien no deja de existir alguna decisión que se aleja de la misma. En concreto, el *Auto de la Audiencia de Barcelona de 25 de septiembre de 1979* que considera como coordinada temporal el momento de la edificación. En cambio, la *STS de 7 de julio de 1990* sostiene que el cálculo del aumento de valor del terreno debe hacerse con arreglo a las bases de equidad que el juzgador sienta para el trámite de ejecución de sentencia.

Por lo demás, sólo señalar que el valor al que se hace referencia es el *valor venal* del bien. Es decir, el valor en cambio. Cuestión que ya se cuidó de destacar Jaime Cáncer al advertir que *«et in summa semper utiles expensae, et etiam voluptariae possunt retineri, nec quicquam obest mala fides, si dominus dictas voluptarias expensas, aut utiles aliàs faturus erat, vel rem venalem habeat, vel denique aliquid subsit, quod justè movere possit iudicem, ut retentionem concedat...»* (153). Dicho extremo no pasó desapercibido a los estudiosos exegéticos del *Code civil* de 1804. El autor que la analiza con mayor detenimiento es C. Demolombe el cual afirma que *«l'estimation est alissée à la prudence du juge, qui doit la déterminer d'après les circonstances; mais ils ajoutent (nouveau Denizalt) pourtant qu'il faut en général que la chose se trouve être d'un revenu et d'un prix plus considérable par les dépenses que le possesseur y a faites. Cette doctrine nous parait encore exacte aujourd'hui, Sans dont ordinairement, et en règle générale, on considère l'augmentation de la valeur vénale, de la plusvalue enfin qui serait réalisable en argent, si l'immeuble était aliéné; cette règle conforme à ce qui se pratique presque toujours en fait, est effectivement exempte d'arbitraire et d'une application sûre et facile»* (154). Con anterioridad, no obstante, al *Code*, Pothier destacaba que las impensas útiles eran aquéllas que hacían que la cosa adquiriera *«un plus grand prix»* (155) y en este mismo sentido, considero que pasó al Proyecto de Código civil de 1851 pues, en el comentario al art. 432, Florencio García Goyena aludirá en relación con el art. 456 del Código Civil Sardo al «precio de las mejoras» y a «las cantidades gastadas», para posteriormente referirse a «valores». Así pues, cuando alude a precio lo hace en el sentido de valor venal: el precio obtenido por la enajenación del bien.

---

(153) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 131 n.º 53.

(154) DEMOLOMBE, C. *op. cit.* p. 602. Ahora bien, la jurisprudencia francesa en un supuesto en el que la cosa estaba afecta a un servicio público, mantuvo que el valor a reembolsar era el valor intrínseco y útil que se añadía al bien.

(155) POTHIER, R. J. *«Traité...»* T. X p. 198.

## 2.2. La compra del terreno según el art. 361 Cc

Sabido es que el art. 361 Cc establece una opción: hacer suya la obra previo pago de la indemnización o bien exigir la compra del terreno sobre el cual se plantó, sembró o edificó. Podría, pues, plantearse la posibilidad de aplicar al Derecho catalán la opción prevista en el art. 361 Cc para el edificante de buena fe: la compra del terreno en el que se ha edificado. Como se habrá observado, esta compra del terreno es una solución jurídica ajena a la tradición histórica no sólo del Derecho histórico castellano sino también del Derecho catalán. La citada solución aparece por vez primera en el Proyecto de 1851 en cuyo artículo 404 se contemplaba como posible decisión del propietario del terreno «...de obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, solamente su renta». En este sentido, la opción es una originalidad del sistema español. A mi modo de ver, frente a la posible aplicabilidad de esta solución, en materia de accesión en Cataluña, se encuentra el argumento en contra, nada desdeñable, de ser una solución ajena a la tradición jurídica catalana, la cual, como se conoce, se tomará en consideración para interpretar e integrar la Compilación (art. 1.1 Comp.). En cambio, parece acoger la solución del art. 361 CC, sin mayores consideraciones, la *Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 18 de octubre de 1971*.

## 2.3. La demolición en caso de mala fe

El Compilador catalán, puede afirmarse, no consideró a la siembra, plantación, edificación o roturación en suelo ajeno como una lesión del derecho de propiedad. Ello se pone de manifiesto en el hecho de que el art. 278 Comp. no prevea la demolición de la obra; en definitiva, el reintegro *in natura* de la finca. La solución institucionalizada, en el Derecho catalán, no es la demolición de la obra realizada, sino su conservación (156), pese a que el sujeto edificante actúe con mala fe.

Los autores clásicos catalanes contemplaban dicha posibilidad pero como solución excepcional pues, frente a la misma, se oponía el principio de utilidad social (157) y, entiendo, que éste debe seguir siendo el criterio que impere respecto del art. 278 Comp. De la misma manera que negaba, con base en la tradición jurídica catalana, la aplicación de la opción del art. 361 CC (158) debe negarse la aplicabilidad de la norma del art. 363 CC (159).

---

(156) Recuérdese la dicción del art. 363 Cc: «El dueño del terreno en que se haya edificado, plantado o sembrado con mala fe puede exigir la demolición de la obra o que se arranque la plantación y siembra, reponiendo las cosas a su estado primitivo a costa del que edificó, plantó o sembró».

(157) *Vide supra* p. 25.

(158) La STS de 3 de abril de 1992 alude a ella como «rigurosa medida de demolición».

(159) *Vid.* en sentido contrario la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de noviembre de 1981* donde se hace referencia a una «acción de demolición» (!).

## 2.4. Gastos de puro lujo o de mero recreo. El *ius tollendi*

El art. 278 Comp. guarda silencio, como he indicado, en torno a la clasificación tripartita gastos necesarios, útiles, de puro lujo o de mero recreo, si bien la doctrina clásica los analizaba conjuntamente. Se recordará que en relación con ellos el poseedor de buena fe gozaba del *ius tollendi*, es decir, la retirada de aquellos elementos en los que se materializaba el dispendio.

Los gastos de puro lujo o voluptuarios conforman una categoría jurídica cuyo fin es el adorno, ornato o mayor comodidad del sujeto que los realiza. Por definición, no reportan una *utilidad* en el fundo y, por ello, se concede el *ius tollendi* (160). En mi opinión es, por lo dicho, aplicable en el Derecho catalán, la solución normativa que ofrece el art. 454 Cc.

De otra parte, no es impertinente aprovechar la coyuntura para plantearse el siguiente interrogante, *si el texto del art. 278 Comp. no distingue los diferentes tipos de gastos, ¿qué sentido tiene que lo hagamos nosotros? ¿no debería aplicarse el aforismo «ubi lex non distinguit non distinguere debemus»?* A mi modo de ver, la diferenciación entre gastos necesarios, útiles y de puro lujo no es baladí dado que deben tenerse en cuenta las soluciones normativas que a cada uno de los supuestos de hecho se atribuyen. En efecto, en primer lugar, la distinción ha permitido contemplar el art. 278 Comp. como un supuesto de mejora/gasto útil. En segundo lugar, el precepto catalán contempla una medida de aseguramiento —el derecho de retención— que aparece enfocada desde sus orígenes como garantía del crédito por gastos realizados en la cosa que conllevaran un aumento de valor o fueran necesarios para la conservación de la misma (161). El poseedor (ya fuera de buena o de mala fe) que realizara gastos voluptuarios no gozaba de dicha garantía.

En esta línea, debe diferenciarse según el tipo de gasto pues el art. 278 Comp. prevé un supuesto de gasto útil y en función de ello concede el derecho de retención, el cual es negado al que realiza un gasto de mero recreo al tratarse de una atribución patrimonial impuesta al dueño del suelo y que además no genera, en términos generales, ninguna utilidad a aquél.

## 3. LA BUENA Y LA MALA FE EN EL ART. 278 COMP.

### 3.1. Previo

La buena fe (y la mala fe), como en su momento advertí, es el dato legislativo que el compilador catalán de 1960 tuvo en cuenta para regular

(160) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 163.

(161) No se desconoce que el derecho de retención también garantizaba y garantiza los créditos derivados de los perjuicios irrogados al sujeto que retiene por la cosa cuya posesión detenta.

la accesión en Cataluña como elemento del supuesto de hecho de la misma. También es uno de los elementos del supuesto de hecho de los arts. 361 y ss. del Cc. Se trata, por tanto, en esta sede de, a la luz de los precedentes históricos acerca de este extremo, analizar la buena fe y cuál es el concepto que debe sustentarse de ella a los efectos de la accesión.

Conviene reiterar que la buena fe, como se deducía en el estudio de los clásicos catalanes, consistía en la *creencia de ser dueño* («*creent lo sol ésser seu*»). Ello determinaba, a su vez, el concepto en el que se poseía el suelo: en concepto de dueño. Así, *la buena fe era la creencia de que la titularidad que se creía ostentar habilitaba para edificar*. Más aún, se creía que el suelo era propio y, por ende, que se edificaba, plantaba o roturaba en suelo propio.

De otra parte, al estudiar las referencias histórico-jurídicas de los preceptos del Cc se advirtió que el art. 432 del Proyecto isabelino de 1851 también principiaba regulando los derechos del propietario del suelo y aludía, como no, a la buena y a la mala fe. Interpretando sistemáticamente el precepto en cuestión debe conexionarse con el artículo correspondiente que en materia de posesión describía la buena y la mala fe. El art. 428 explicitaba que «*se considera poseedor de buena fe el que lo es en virtud de un título traslativo de propiedad, cuyos vicios ignora*».

*Es poseedor de mala fe aquél a quien consta que le falta título para poseer, o que el que tiene es vicioso o insuficiente».*

La creencia o la ignorancia de la falta de libre disposición del tradente provocaba en el edificante la creencia de que era dueño —se le había transmitido válidamente la propiedad u otro derecho real que le permitiera edificar— del suelo y, de ahí, que con su comportamiento no lesionara derecho ajeno. Edificante, plantador, cultivador que, con posterioridad, podía verse privado del bien en un juicio de evicción —recuérdense las expresiones «vencido en juicio» y «tiers evincé»— liquidándose su estado como estado posesorio según fuera de buena o de mala fe con las correspondientes soluciones normativas ya señaladas.

Debe tenerse presente, de otro lado, que el Proyecto de Código civil de 1851 acoge el sistema consensualista en la transmisión y adquisición de los derechos reales. En este sentido, armonizaba con la doctrina francesa que se fue creando en torno al Código civil francés de 1804 que, como se conoce, adoptó el citado sistema de transmisión consensual. Partiendo de estas premisas, hay que tener en cuenta que cuando los juristas galos plantean la cuestión de qué se entiende por buena fe a los efectos de la accesión, se contesta de forma unánime que consiste en la creencia o ignorancia (según el aspecto activo o pasivo desde el que se aborde) acerca de la existencia de vicios o máculas en el título traslativo de la propiedad. Paradigmáticas son las palabras de F. Laurent «*Il (se refiere al tercero de buena fe) s'est cru propriétaire non per une vaine imagination, car, aux termes de la loi, il n'est*

*possesseur de bonne foi que s'il gagne les fruits, et il ne gagne les fruits que s'il possède en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices». «Il a donc construit comme propriétaire, sans avoir aucune faute, aucune imprudence a se reprocher, tandis que l'inaction du propriétaire qui le laisse en possession est au moins une négligence» (162).*

En este sentido se colige fácilmente que el sujeto edificante para ser de buena fe debe tener la creencia de que sea dueño del suelo. El sujeto de mala fe no ignora este dato.

De lo que se lleva dicho se derivan dos afirmaciones. En primer lugar, que el vicio o mácula que debe dañar el título no es cualquier vicio sino uno concreto: la falta de titularidad en el *tradens* o más ampliamente de poder de disposición para transmitir la propiedad o constituir un derecho real que llegue a comunicar la propiedad de lo edificado. En segundo lugar, se está haciendo referencia a la constitución de derechos reales y no de derechos de crédito.

En cambio, el vigente Código civil acoge, no sin reservas, el sistema traslativo consistente en la teoría del título y el modo (arts. 609 i. f. y 1.095 Cc) lo que conlleva ampliar el ámbito de la buena fe que, debe referirse, a ambos elementos del mecanismo jurídico-transmisivo y, por otro lado, no se ciñe a la transmisión de la propiedad u otro derecho real, sino que también es aplicable a la transmisión de la posesión. Además, debe añadirse que, en nuestro sistema, la adquisición de la propiedad y demás derechos reales, como se conoce, no se produce sólo mediante dicha teoría sino que de acuerdo con el art. 609 «*La propiedad se adquiere por la ocupación.*

*La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.*

*Puede también adquirirse por medio de la prescripción» (163).*

En estas coordenadas el art. 433.1 Cc utiliza la expresión «*tradición o modo de adquirir*» que debe ser entendida en una doble dirección: como equivalente a la teoría del título y el modo y como «modo

(162) LAURENT, F. *op. cit.* p. 342. En p. 345 afirma *a sensu contrario* que «*il est de mauvais foi quand il possède en vertu d'un titre dont il connaît les vices*». Por su parte, DEMOLOMBE, C. advierte que el edificante de mala fe es aquel «*qui savait que le sol appartenait à autrui*». Añádanse: MERCADÉ, V. *op. cit.* p. 425; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y CHAUVEAU, M. *op. cit.* p. 211; MAZEAUD, H. L. et J.-CHABAS, F. *op. cit.* p. 306; PLANIOL, M. et RIPERT, G. *op. cit.* p. 265; AUBRY et RAU *op. cit.* pp. 356-57.

(163) Prescindo de las críticas que se han lanzado, por parte de la doctrina, al precepto.

de adquisición», es decir, como hecho jurídico que permite la adquisición de un derecho real (164).

### 3.2. *La opinión de la doctrina. La tesis de Carrasco. Mi opinión*

«Buena fe significa —escribe Díez-Picazo— que la persona que realiza un acto que altera la estructura o la sustancia de una cosa ajena ignora por error excusable el alcance objetivamente ilícito de su acto y lo realiza en la creencia de su licitud. En definitiva significa esto: que el que edifica, planta o siembra en terreno ajeno o con materiales ajenos o el que emplea para su obra una materia ajena o el que mezcla con la propia una cosa ajena, ignora por error excusable que las cosas son ajenas y cree que son propias o, por lo menos, cree tener sobre ellas un derecho que le permite realizar aquellos actos». En concreto, en la accesión industrial manifiesta que «*la buena fe del constructor es (...) una errónea creencia nacida de un error excusable sobre el dominio del suelo en que se construye o una errónea creencia, del mismo cariz, sobre el alcance del título que el constructor ostenta: el constructor cree que su título le faculta para construir*» (165).

---

(164) En este sentido, tendría cabida la ocupación como modo de adquirir y, por tanto, la creencia de que la cosa cuya tenencia se ostenta es *res nullius* y que, consecuentemente, se ha adquirido la propiedad de la misma lo que permite edificar, plantar, cultivar o roturar. *Vide*, al respecto LACRUZ et alii *op. cit.* T. III V. I 1.<sup>a</sup> parte p. 103. La misma idea está presente en la monografía sobre la posesión de A. HERNÁNDEZ GIL en donde advierte que «la ocupación es claramente un “modo” originario de adquirir que concierne de manera individual a la propiedad con exclusión de los otros derechos reales...Pues bien, como la ocupación es un modo originario de adquirir la propiedad y como además de desempeñar este cometido respecto de la propiedad, lo desempeña también respecto de la posesión misma (artículo 438), se justifica que el artículo 433 no circunscriba al título el punto de referencia de la buena fe y lo extienda también al modo en cuanto hecho jurídico dotado de función adquisitiva» («*La posesión*» p. 206 Ed. Civitas, 1980). [En contra, BADOSA, F. que considera «tradición o modo de adquirir» como expresiones sinónimas en el art. 433 Cc (voz «*justo título*» en NEJ Seix p. 707); ARANA, I. considera que el art. 433 Cc «aunque referido ya a la posesión en general, parece estar pensando en el poseedor en concepto de titular de un derecho real, pues no en vano hace depender la buena fe del poseedor de su ignorancia en torno a posibles vicios invalidantes en su «título o modo» de adquirir, reconduciéndonos así a la teoría del título y el modo contenida en el inciso final del artículo 609, 2 Cc» en CCJC n.º 324 en comentario a la STS de 30 de octubre de 1986].

(165) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. «*Fundamentos...*» T. II pp. 202 y 215 respectivamente. Parte de la doctrina considera que la buena fe que debe tenerse en cuenta no debe ser exclusivamente abordada desde un punto de vista subjetivo sino que debe condensar a la concepción ética. De acuerdo con esta posición se encuentra el mismo DÍEZ-PICAZO como HERNÁNDEZ GIL, A. *op. cit.* p. 195; MARTÍN PÉREZ, A. *op. cit.* p. 83; LACRUZ BERDEJO, J. L. et alii *op. cit.* p. 106; ALBALADEJO GARCÍA, M. T. III V. I *op. cit.* pp. 698-70 sigue anclado en la tesis subjetiva [«según lo dicho la posesión de buena fe se basa en un error; en creerse con derecho a ella, sin tenerlo. Pero para que sea de buena fe una posesión no hace falta más; de modo que posee de buena fe aun el que se considera legalmente en posesión de algo por haber soñado (y creer realidad el sueño) que lo adquirió en debida forma, cuando en verdad despojó de ella a su propietario»]. COCA PAYERAS, M. parece acoger la concepción psicológica o subjetiva de buena fe en cuanto hace recaer el elemento subjetivo de la buena fe en una actitud del sujeto consistente en la ignorancia o desconocimiento *op. cit.* p. 1172.

La mayor parte de la doctrina viene sosteniendo este concepto de buena fe en materia de accesión (166) y, en el mismo sentido, ha sido considerado por la doctrina catalana respecto del art. 278 Comp. Dicho concepto coincide parcialmente con el contenido en el art. 433 Cc.

Otro sector doctrinal ha considerado que la buena/mala fe en la accesión es la contenida en este último precepto. Desde esta perspectiva escribe Manresa que «según repetidamente hemos indicado, el art. 361 trata del caso en que el que plantó o edificó en terreno ajeno, obró de buena fe. Para su acertada aplicación, lo primero que es preciso tener presente es cómo y cuándo se ha de reputar al constructor de buena fe; para esto hay que atenerse al art. 433...». No obstante, en líneas posteriores, advierte «*Por supuesto, todo esto cuando se trate de un poseedor; pero cuando no se trate de esto, habrá que tener presentes las circunstancias del caso, para averiguar si el que edificó sabía que edificaba en suelo ajeno o no*» (167). Parece, pues, que de acuerdo con esta última posición la remisión del art. 361 Cc no es sólo a los artículos 453 y 454 Cc sino que en cuanto la edificación como mejora supone la liquidación de un estado posesorio que debe extenderse la concepción de la posesión de buena fe/mala fe a la edificación, construcción, plantación en suelo ajeno. Esta es la concepción secundada por Carrasco en la cual conviene detenerse. Para este autor «*sólo puede ser constructor en suelo ajeno en el sentido de los arts. 361 y ss. aquel tercero de quien pueda predicarse la buena o la mala fe. Y es evidente que este tercero es el poseedor del art. 433, quien posee la cosa ignorando el vicio del título en virtud del cual detenta aquella posesión. Es constructor de buena fe, de esta manera, quien posee de buena fe el terreno ajeno en que construye*» (168). En líneas posteriores añade que «*la buena fe es, como hemos dicho, la buena fe posesoria. De esta manera, la ilicitud objetiva no se refiere al hecho de construir en suelo ajeno, sino al hecho de poseerlo. Es la ignorancia del vicio del derecho a poseer o, correlativamente, la creencia en la justicia de ese derecho. No es de buena fe para el art. 361 el que cree sin más que puede construir en el terreno que posee*» (169). Esta posición le lleva a considerar cons-

---

(166) Así LACRUZ BERDEJO, J. L. que considera que «basta que, en el momento de ejecutar los trabajos crea que es propietario del terreno (o superficiario, o titular de cualquier otro derecho que le comunique la propiedad de lo edificado: no una simple autorización que le confiera derecho a edificar sin sanciones), y ello aunque su título sea simplemente aparente» (*op. cit.* T. III V. I 1.<sup>a</sup> parte p. 164).

(167) MANRESA NAVARRO, J. M.<sup>a</sup> T. III *op. cit.* p. 204. Por contra, SCAEVOLA, Q. M. sostenía que el art. 453 Cc debía subordinarse al art. 361 Cc y debía amoldarse a su sentido general. De ahí que el poseedor natural gozara, según él, del derecho de retención (*op. cit.* p. 582 T. VI).

(168) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 263.

(169) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 264 «En la posesión en concepto de dueño, esto, generalmente, es irrelevante, ya que en estos casos la creencia en la ilicitud del *ius aedificandi* viene motivada previamente en la creencia del carácter legítimo del *ius possidendi*. Pero no se puede excluir *a priori* la existencia de estados posesorios donde el poseedor conozca el carácter que ostenta su posesión pero crea erróneamente que está facultado para construir (el arrendatario que erróneamente se cree facultado por el propietario para edificar)».

tructores de buena fe para el art. 361 Cc «al que edifica creyendo ser arrendatario, sin serlo; al hijo del causante que estima, erróneamente, formar parte de la comunidad hereditaria; al que ha sido contratado como administrador de una finca y en ella edifica, siendo así que fue contratado por un *fictus dominus*; al concesionario de obra pública cuyo título de concesión resulta nulo por incompetencia manifiesta de la autoridad que lo concedió, etc...Pero no pueden ser constructores de buena fe del art. 461 (tampoco de mala fe, se entiende) el arrendatario, el condueño, el administrador de una finca, el concesionario de obra, etc. ...» (170).

Desde este punto de vista el arrendatario que conoce la ajenidad del suelo en el que construye, planta o, en general, realiza cualquier mejora y que, por tanto, en principio, debería considerarse a los efectos de la accesión de mala fe (pues no ignora que el suelo en el que edifica es ajeno), puede llegar a ser considerado de buena fe si existe algún vicio en su título que desconoce. Vicio que, en principio, no afecta al conocimiento de la ajenidad del suelo en el que construye. Como de acuerdo con el art. 433 Cc sería considerado un poseedor de buena fe y la construcción es contemplada en nuestro ordenamiento jurídico como mejora, sería de aplicación el art. 453 Cc amén de las soluciones normativas que establece el art. 361 Cc pues, pese a que se inmiscuyó en esfera ajena sin licencia del propietario del suelo ello no es relevante para el Derecho.

En mi sentir deben tenerse en cuenta los dos extremos siguientes:

i) la dicción del art. 433 Cc que va referida a la adquisición y transmisión de los derechos reales y, en materia de accesión, concretamente, al mecanismo jurídico adquisitivo de la propiedad u otro derecho real que permita edificar. Por tanto, excluye, de entrada, la constitución de relaciones jurídicas de carácter obligatorio así como los actos meramente tolerados o ejecutados en virtud de licencia y el precario;

ii) téngase presente que la normativa acerca de la liquidación del estado posesorio tiene como supuesto de hecho un poseedor vencido y otro vencedor. Un poseedor vencido que es poseedor en concepto de dueño.

Con base en ello, considero que con la argumentación de Carrasco se premia al edificante que se inmiscuye en una esfera ajena lesionando el derecho de propiedad con conocimiento de que así es pues conoce el carácter ajeno del terreno en el cual edifica, planta, siembra o rotura. *¿Por qué un vicio del título que no tiene relación directa con el hecho de construir, plantar o roturar en suelo ajeno convierte a este edificante en un poseedor de buena fe?* Con la tesis que combato se premia al edificante, que conoce la ajenidad del suelo, pero ignora la

---

(170) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 269.



mácula que afecta a su título y se lo parifica al que desconoce la ajenidad del suelo en el que construye el cual debería ser considerado de buena fe.

En mi opinión, respecto de la accesión, el art. 433 Cc debe entenderse como modo de adquisición de los derechos reales y, concretamente, de la propiedad y no como modo de adquisición de la posesión (171). La buena fe en materia de accesión, como elemento integrante del supuesto de hecho (172), es la buena (o la mala) fe del art. 433 Cc pero su alcance es más restringido, si bien se proyecta, del mismo modo que la buena fe posesoria, sobre la titularidad del tradente y sobre la propia titularidad (173). También sobre la causa o vicio que afecta a aquéllas, que no es cualquier defecto sino la falta de poder de disposición (he aquí, pues, la restricción a la que antes aludía). En definitiva, es la creencia en el poder de disposición del *tradens* y en que, consiguientemente, se posee en concepto de dueño. Será considerado de mala fe aquél que conozca que el suelo sobre el que levanta una edificación no es propio (174) aunque posea en concepto de dueño.

La concreción de la buena fe a la que me refiero es trasladable al Derecho Catalán en cuyo art. 278 Comp. si bien se alude a la buena y a la mala fe no se define (no es esta la misión de un texto legal) como tampoco se cualifica al sujeto edificante.

Uno de los posibles medios en virtud del cual puede desvanecerse la creencia sobre la titularidad del terreno es la oposición del dueño del mismo. Dicha oposición, a pesar de lo que opina Carrasco (175), hace incurrir al edificante, plantador, etc. ... en mala fe o, al menos, en la liquidación del estado posesorio, si se entabla pleito para eliminar la

(171) Así pareció entenderlo, aunque parcialmente, la *Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 5 de julio de 1991*: «la buena fe, a los efectos del art. 361 CC, se da cuando quien realiza los actos de invasión del predio ajeno ignora por error excusable que no le pertenece y cree que es propio o por lo menos, que tiene un derecho real o personal que le permita realizar aquellos actos».

(172) Así lo reconoce el TS en *sentencia de 27 de octubre de 1986*.

(173) En esta dirección, *vid.* BADOSA COLL, F. voz «justo título» en NEJ Seix pp. 703 y ss.

(174) La *STS de 23 de mayo de 1989* considera que la buena fe en materia de accesión, a los efectos de aplicar el art. 278 Comp. es la creencia de que se posee *animus domini*, lo que no se da en el caso, pues se trataba de un precarista («...puesto que la mera posesión del bien discutido no le legitima a los efectos pretendidos (el derecho de retención) ni mucho menos aportaciones dinerarias o de otra índole sin calificación determinada».

(175) A propósito de la *STS de 11 de marzo de 1985*, que considera que la oposición tempestiva del *dominus soli* enerva la buena fe del constructor, CARRASCO entiende que «esto no es del todo cierto (...). La oposición posterior del propietario invadido ni determina la mala fe, ni hace cesar la buena fe anterior (...). La oposición no es un elemento de la buena fe, sino un factor autónomo que, con independencia de aquélla, impide que se produzcan los efectos de la accesión invertida» (CCJC n.º 202).

controversia acerca del título, a partir de dicho momento se le considerará de mala fe (176).

Así pues, se tendrán las siguientes soluciones normativas en función de las hipótesis planteadas:

i) *el poseedor en concepto de dueño que desconoce el vicio que invalida su título consistiendo aquél en la falta de poder de transmisión de su tradente.* El concepto de buena fe será el establecido en el art. 433 Cc concretado en el desconocimiento del poder de transmisión del poseedor anterior. Las soluciones normativas son no sólo las propias de los arts. 453 a 455 Cc sino también las que ofrece el Código Civil a la accesión industrial. En el Derecho catalán será aplicable el art. 278 Comp. así como los arts. 453 y 454 del Código civil.

ii) *el poseedor no lo es en concepto de dueño.* No ignora que el suelo es ajeno pero sí otros posibles defectos de su titularidad. El concepto de buena fe es el del art. 433 Cc. Pero en cuanto el vicio no es aquel necesario para que tenga lugar la solución normativa de la accesión, las normas a aplicar en cuanto liquidación del estado posesorio generado serán, exclusivamente, las previstas en los arts. 453-455 Cc. No las soluciones de los arts. 361 y ss. del mismo texto legal (177). En el ámbito del Derecho catalán no tendrá aplicación el art. 278 Comp. pero sí los arts. 453-455 Cc.

iii) *realiza actos posesorios conociendo la ajenidad del suelo, sin embargo, sus obras son toleradas por el dueño de aquél.* La buena fe/mala fe predicable de esta situación será la propia de la accesión coincidente, de forma parcial, con el art. 433 Cc. En este caso concreto se tratará de un edificante, constructor,... de mala fe, si bien se aplicará la solución que ofrece el art. 364 Cc. Las soluciones normativas son sólo las arbitradas en sede de accesión con la remisión, en su caso, al régimen de la posesión en cuanto lo reclame el art. 361 Cc. Para el Derecho catalán será de aplicación el art. 364 Cc y el art. 278 Comp. (aunque este último precepto sólo parcialmente, como se tendrá ocasión de comprobar después).

Ahora bien, lo hasta aquí manifestado no soluciona otro interrogante, ¿se extiende la remisión del art. 361 Cc al derecho de retención establecido como medio de garantía para el poseedor? A ello se dedicará el próximo epígrafe.

Tras todo lo dicho se comprenden las palabras de Manresa, anteriormente transcritas («según repetidamente hemos indicado, el art. 361 trata

---

(176) Al respecto *vid.* el estudio histórico precedente donde se destacaba que el *dominus soli* podía enervar la buena fe del constructor, plantador, cultivador,... mediante la oposición (denuncia de la obra nueva). En concreto, *vid.* lo advertido por MARQUILLES para el Derecho histórico de Cataluña.

(177) No sería considerado un poseedor de mala fe a los efectos de la accesión ya que se trata de un poseedor en concepto diferente al de dueño (art. 432 Cc).

del caso en que el que plantó o edificó en terreno ajeno; obró de buena fe. Para su acertada aplicación, lo primero que es preciso tener presente es cómo y cuándo se ha de reputar al constructor de buena fe; para esto hay que atenerse al art. 433 (...). *Por supuesto, todo esto cuando se trate de un poseedor; pero cuando no se trate de esto, habrá que tener presentes las circunstancias del caso, para averiguar si el que edificó sabía que edificaba en suelo ajeno o no*», pues, implícitamente, considero que está aludiendo a las diferentes soluciones normativas que se dan en cada hipótesis.

Por otra parte, según la definición acogida al inicio de este epígrafe, la buena fe consiste también en la creencia en torno a la amplitud del título: se cree que permite edificar, plantar, sembrar o roturar. Sin embargo, a mi entender, esta idea debe matizarse. En primer lugar, no basta cualquier título antes bien debe ser un título traslativo de la propiedad o de un derecho real que permita edificar. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que si existe dicho título, éste —tal y como se formula la idea— no adolece de ningún vicio y legitima, por otra parte, la posesión que ostenta el edificante. Así pues, las cuestiones referentes a la propiedad de lo edificado, plantado o sembrado se dilucidarán de acuerdo con la relación jurídica en cuestión y la normativa que a la misma disciplina. Por tanto, fuera del supuesto de hecho de la accesión.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acogido, tal como destaca Carrasco, a quien sigo en este extremo, diferentes acepciones de buena fe en materia de accesión (178). Recientemente, la *STS de 17 de junio de 1985* ha considerado que la remisión contenida en el art. 361 Cc se refiere exclusivamente a la indemnización de manera que tampoco es aplicable el concepto de buena fe posesoria: «...y del significado del artículo trescientos sesenta y uno, donde no se valora la clase de posesión, índice de citar o de tener, sino la acción de edificar, por lo que tampoco interviene el factor de la buena fe como simple estado de conocimiento, característico de los derechos reales (ignorancia o creencia de los artículos cuatrocientos treinta y tres y mil novecientos cincuenta del Código) aplicado en los artículos cuatrocientos cincuenta y tres y cuatrocientos cincuenta y cuatro, no obstante la remisión que a ellos hace el trescientos sesenta y uno, pues se refiere solamente a uno de los supuestos de la opción y se reduce a la forma de determinar la indemnización, no al trasplante íntegro de los conceptos que aquéllos contienen...» (179).

---

(178) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* pp. 273 y ss.

(179) *Vid. SSTS de 11 de junio de 1985, 4 de julio de 1985.* La decisión jurisprudencial viene predeterminada, en alguna medida, por el supuesto de hecho que es análogo al de las sentencias que cito en esta nota. Con todo a ello haré referencia posteriormente.

Pese a lo que se desprende de este Fundamento de Derecho recuérdense las hipótesis planteadas y así, cuando se reúnan los requisitos para que el sujeto edificante sea considerado poseedor de buena fe serán de aplicación los preceptos relativos, en materia de posesión al mismo, así como los de la accesión dado el carácter de impensa posesoria de la plantación, siembra y edificación en suelo ajeno. La buena fe será, entonces, la que parcialmente postula el art. 433 Cc.

Por lo demás, sólo señalar que el momento en que debe apreciarse la buena fe/mala fe es el momento de la edificación, siembra, plantación o roturación como pone de relieve la *sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de septiembre de 1993* en cuyo Fundamento de Derecho segundo se afirma que «la qüestió litigiosa que cal resoldre als efectes del present procediment no és si els agents varen ésser adquirents de bona fe en el moment d'atorgar el contracte de compra-venda, sinó si encara tenien aquesta condició en el moment en que procediren a efectuar la inversió de les millores per les quals sol liciten la protecció que faculta l'art. 278 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya. La resposta a aquesta qüestió és necessàriament negativa, ja que l'expressió de l'art. 278 esmentat es refereix explícitament a la bona fe existent en el precís moment que es procedeix a l'edificació i no pas a la qualitat possessòria originària».

#### 4. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA ACCESIÓN (\*)

##### 4.1. Planteamiento de la cuestión

La cuestión que sirve de rúbrica a estas líneas la dejé apuntada e incontestada cuando trazaba el bosquejo histórico (180). En concreto planteaba el interrogante relativo a la posibilidad de que el precarista pudiera ser un edificante al cual se aplicaran las normas de la accesión (o la norma referente a la accesión, en el caso del Derecho catalán) y, por supuesto, la concesión o no del derecho de retención.

Conviene partir del dato de que la doctrina anterior y posterior al Código civil entendió que por «tercero», «tiers» o «terzo» debía comprenderse no sólo al poseedor sino también al mero detentador (181). Dicho de otro modo, quedaban comprendidos tanto el poseedor natural como el civil de acuerdo con la terminología que utiliza nuestro Cc en el artículo 430. Así ha parecido entenderlo la jurisprudencia más mo-

(\*) Vid. un nuevo análisis de esta cuestión en mi Comentario a la STSJ de Cataluña de 28-12-93 (La Llei de Catalunya: Balears julio 1994 n.º 84).

(180) Vide supra p. 12.

(181) Para el Derecho italiano y concretamente en relación con el Cc de 1865, vid. BRUGI, B. «Della proprietà» en *Diritto Civile Italiano* Parte IV V. II Napoli, 1918 p. 209 y BARRERO, D. *op. cit.* p. 689. Para el francés, vid. BAUDRY-LACANTINIERE, G. y CHAUVEAU, M. *op. cit.* p. 259.

derna, como ha podido comprobarse con el párrafo jurisprudencial transcrito anteriormente: *no se valora la clase de posesión*.

La cuestión en el ámbito del art. 278 de la Compilación catalana debe tener presente (al igual que en el Código civil) que dicho precepto determina el derecho de retención como garantía del derecho de crédito por los jornales de los operarios, materiales o semillas. Este derecho de retención supone una prolongación en la posesión del bien de que se trate (en concreto, la finca sobre la cual se ha edificado, plantado, sembrado o roturado). Teniendo presente este dato legislativo debe diferenciarse entre: edificante (cultivador, plantador) y sujeto que puede verse favorecido por la garantía.

Los sujetos que pueden llevar a cabo una edificación, plantación, siembra o roturación en suelo ajeno no son los mismos sujetos que tienen reconocida la garantía en el art. 278 Comp. Como he venido destacando, el art. 278 Comp. no cualifica al sujeto que edifica, planta, siembra o rotura y esta falta de *veste* permite afirmar que dicho sujeto podrá ser un tercero poseedor —ostentando una posesión indebida— o un mero detentador, tenedor material, precario o, en general, cualquier sujeto que realice actos de carácter posesorio porque así lo tolera el poseedor legítimo o porque goza de una licencia (arts. 444 y 1942 CC). Este ha sido el sentir de la doctrina tanto patria como foránea. De acuerdo, pues, con el concepto de buena fe que postulo, este sujeto será considerado un edificante, cultivador, plantador de mala fe al conocer que el suelo es ajeno y carece de la facultad de edificar. Consecuentemente, *perderá la edificación, siembra o plantación en beneficio del dueño del suelo* (art. 362 Cc, 278 Comp. *if.*).

Antes de seguir avanzando en el tema conviene hacer referencia a la jurisprudencia del TS. A la luz de la misma podría afirmarse que existe cierta contradicción en ella. En efecto, determinados fallos jurisprudenciales consideran al precarista como posible sujeto edificante insertándose bajo la *species facti* de la norma reguladora de la accesión. En este sentido cuando las obras, mejoras son consentidas por el dueño del suelo, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 364 Cc cabría aplicar: en el Derecho del Código, la remisión del art. 361 Cc a los arts. 453 y 454 del mismo Cuerpo legal y, por tanto, la posibilidad de que dicho sujeto ejercitara el derecho de retención por los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado (182); en el Derecho de la Compilación catalana, el derecho de retención que prevé el inciso inicial del art. 278.

---

(182) Un sector doctrinal ha entendido que la remisión del art. 361 Cc no se refiere exclusivamente a la indemnización sino que se extiende al régimen jurídico de la misma y, en consecuencia, al derecho de retención (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A. «Sistema...» T. III p. 183).

Sin embargo, otra serie de pronunciamientos jurisprudenciales niegan al poseedor natural el derecho de retención (*STS de 17 de mayo de 1948, 7 de octubre de 1949 y 9 de julio de 1984, entre otras*).

Como se podrá comprobar, en líneas posteriores, la contradicción es tan sólo aparente. En efecto, el derecho de retención requiere como base la posesión y, en concreto, la posesión de carácter civil y, además en concepto de dueño.

Por lo demás, avanzando ideas, para gozar del derecho de retención que prevé el art. 278 Comp. el sujeto ha de ser un poseedor civil de buena fe y en concepto de dueño (arts. 430, 432 Cc) y no un precarista (poseedor natural). De ahí que, para profundizar más en la tesis deba detenerme, en primer lugar, en el soporte subjetivo del derecho de retención.

#### 4.2. El presupuesto subjetivo del derecho de retención

Se recordará que en el *Ius civile* la *exceptio doli* era concedida tan sólo al poseedor de buena fe fundamentándose la concesión en la equidad. Fue en época posterior, en el Derecho Justiniano, cuando se concede el derecho de retención —enmarcado en la *exceptio doli*— no exclusivamente al poseedor de buena fe sino también al de mala fe por los gastos necesarios, amén de al primero por los útiles (183). Consecuentemente, deja de ser un remedio jurídico del poseedor de mala fe que goza de un derecho de crédito para recuperar los gastos útiles. Sólo se premia al poseedor de buena fe —por este segundo concepto— fundamentándose la *exceptio* en el equilibrio patrimonial y, por ende, en la evitación del enriquecimiento injusto que pudiera ocasionarse. Florencio García Goyena, en sus «*Concordancias, Motivos, Comentarios al Código civil español*» así lo recordará al analizar el art. 432 del Proyecto de Cc de 1851.

Obsérvese, de otra parte, que tanto en este precepto como en el vigente se trata de un poseedor que es vencido en su posesión. Se reconoce una posesión superior si bien se le permite retener la cosa como garantía del derecho de crédito por las impensas llevadas a cabo. La retención del poseedor vencido conlleva el reconocimiento del derecho de poseer del poseedor vencedor. La contienda determinará un cambio en el concepto en el que se posee. Por eso, la doctrina que ha estudiado el tema diferencia dos fases: aquélla previa a la retención y otra determinada, precisamente, por la retención que comporta una nueva posesión. Destaca Scaevola que «el derecho de retención es uno de los modos defensivos de la posesión de buena fe; su finalidad no es otra

---

(183) *Vid. supra.* p. 24.

que la de mantener una posesión de hecho, en tanto el poseedor no sea indemnizado de los gastos necesarios y de las mejoras útiles que hiciera en la cosa poseída. El derecho de retención, a su vez, debe ser protegido, porque produciendo una posesión de hecho, una tenencia legal, si el retinente es perturbado o despojado de su tenencia, ha de ser restituido en ella por la vía interdical.

Si el derecho de retención crea un nuevo estado transitorio durante el cual el poseedor de buena fe continúa en la tenencia natural de la cosa, «*es porque cesa un estado posesorio anterior*». Y añade que a pesar de que se resuelva el estado posesorio «*conserva la vitalidad de prevalecer en favor del poseedor vencido la tenencia de la cosa como modo cautelar, si aquél ejerce el derecho de retención*» (184).

Se da, pues, una intervención del concepto posesorio: antes del ejercicio del derecho de retención se poseía en concepto de dueño, con la retención se posee en concepto diferente del de dueño (en concepto de retentor). Además, se deja de ser poseedor civil para adquirir la *veste* de poseedor natural. Desde este punto de vista resulta paladino que el precarista (genéricamente, el poseedor natural) no puede retener. No obstante, existe otra razón en apoyo de dicho aserto que estriba en el hecho de que la accesión así como los arts. 453-454 Cc parten de la inexistencia de relación jurídica que vincule a ambos poseedores (vencido y vencedor) (185). En las situaciones posesorias de carácter tole-

(184) SCAEVOLA, Q. M. T. *op. cit.* pp. 482 y 483 respectivamente. Claramente, aparece reflejado en los estudios que ha dedicado VIÑAS MEY al tema («*El derecho de retención*» en RDP Año X (1923) pp. 103 y ss. «*Más sobre el derecho de retención*» RDP Año X n.º 112 (1923) pp. 1 y ss. *Vid. voz* «Gastos» en NEJ Seix *op. cit.* p. 565 «el retentor posee la cosa retenida *nomine alieno*, es un mero detentador de cosa ajena y normalmente la detentación es considerada como un mero hecho»). El autor señala, siguiendo el parecer de RAMPONI, que existen dos estadios el «*anterior a la detención y de la detención misma. El primero lo constituye la posesión civil de buena fe o la natural (sic). El segundo la tenencia legal por el nuevo título surgido*» (VIÑAS MEY «*El derecho de retención*» *op. cit.* p. 111; BELTRÁN DE HEREDIA, P. «*El derecho de retención*» (teoría unitaria) RDP, 1962 p. 1007, 1024-1025). También para el derecho italiano se ha afirmado que uno de los presupuestos de existencia del «*ius retentionis*» es «*una precedente situazione giuridicamente qualificata in cui deve essersi trovato il successivo retentor: situazione che si identifica con il possesso della cosa*». El autor añade que «*è intuitivo che il possesso è da considerarsi quello del momento in cui viene accertato l'obbligo, per chi vi si trova, di restituire la cosa al proprietario, poichè il retentor, in quanto tale, è sempre un detentore*» (voz «*Ritenzione (diritto di)*» en NDI p. 174 a cargo de D'AVANZO, W., el cual precisa aún más en nota a pie de página n.º 2 «*ci sembra doversi escludere la detenzione, perchè questa, originandosi solo da un rapporto contrattuale, esclude che nel detentore possa accertarsi quell'animum che l'art. 1.152, con disposizione di carattere generale e quindi normativo dell'istituto in esame, richiede per l'ius retentionis*»).

(185) La STS de 20 de junio de 1992 es contundente al respecto «*el art. 453 del Código Civil se refiere a aquellas situaciones en que un propietario no poseedor (y, en general, quien tenga mejor derecho a poseer) recupera la posesión detentada por un tercero, en cuyo caso es indudable que éste (el poseedor que cesa en la posesión), si lo ha sido de buena fe, tiene derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa poseída en la forma y con las garantías que dicho precepto establece*...» (Fto. de Dcho. secto).

rado o consentido pueden apreciarse diferentes aspectos que, como destaca el Profesor Díez-Picazo (186), pueden consistir en la existencia de un contrato de precario o actos posesorios que evidencien la existencia de un concurso de voluntades del cual emane una relación jurídica que regule dicha situación (187). En estas hipótesis, los

---

(186) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. «Fundamentos...» T. II p. 489.

(187) Escribe ARANA, I. que «el común denominador de todas estas situaciones es la facultad de la persona legitimada en virtud del artículo 1.564 LEC, para instar el deshaucio de quien detenta el inmueble. Por lo demás, y aun existiendo otras posibles similitudes, se trata de relaciones jurídicas distintas entre sí, bien que en la práctica, su individualización sea a menudo mera cuestión de matices, difícil de precisar» (CCJC n.º 324 p. 4.105 Vid. LUNA SERRANO, A. «Comentario del Código Civil» Ministerio de Justicia T. II Com. art. 1.942 Cc p. 2001). Considero que también gozan de otra característica común: *la cesión del uso del bien*. Conocido es, de otra parte, que el concepto de precario es eminentemente de creación jurisprudencial que, de forma paulatina, ha ido ampliándolo. Uno de los conceptos iniciales se encuentra en la *STS de 5 de febrero de 1948* en la cual se puede leer que «...la esencia del precario, según tiene esta Sala en múltiples sentencias, (...) es el uso y disfrute de cosa ajena sin que medie renta o merced ni otra razón que la mera condescendencia o liberalidad del poseedor real de la voluntad, del cual depende poner término a su propia tolerancia y el consiguiente ejercicio de la acción para deshauciar que le atribuyen los artículos 1.564 y 1.565, número tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil». (Vid. *SSTs de 28 de junio de 1926, 13 de febrero de 1958 y 10 de enero de 1964*). La ampliación de dicho concepto se hace patente en la conocida *STS de 30 de octubre de 1986* en cuyo Fundamento de Derecho tercero se dice que «...conforme a repetida jurisprudencia el concepto de precarista a que alude el número 3 del artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario le atribuyó el Digesto, sin que se extienda a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor, y, como ha declarado la Sentencia de 28 de junio de 1926, tomando el precario en el apropiado y amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia, es aplicable al disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella, pues si bien es cierto que la oposición del propietario pone término, naturalmente, a su tolerancia, la resistencia contraria del tenedor u ocupante no puede mejorar su posición ni enervar la acción del dueño para hacer efectiva su voluntad de rescatar la cosa, pues, según lo también declarado por la jurisprudencia, ésta ha ido paulatinamente ampliando el concepto del precario hasta comprender no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquéllos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva: así como que como síntesis de la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al concepto de precario, merece ese calificativo, para todos los efectos civiles «una situación de hecho, que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho»; el hecho de pagar merece excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga. «siendo acatada la entrega» en tal concepto, sin que equivalgan a la renta los gastos o pagos que sobre el ocupante de los bienes pesen en su propia utilidad como los de luz, gas, calefacción y conservación...». Dicho concepto puede encontrarse, en resoluciones posteriores como, a título de ejemplo, la *STS de 22 de octubre de 1987* y la de *23 de mayo de 1989* en relación con el art. 278 Compilación catalana. También la *sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de abril de 1987*.



derechos y deberes de cada uno de los sujetos —precarista y poseedor tolerante— se regirán de acuerdo con lo previsto por los mismos y, en su defecto, advierte la *STS de 23 de mayo de 1951* que sus intereses están suficientemente amparados por la normativa especial «*de los artículos 1.604 y 1.605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) que los reconoce para el caso en que reclamen por labores, mejoras u otra cualquier cosa que haya quedado en la finca, el derecho a pedir en ejecución de la sentencia de deshaucio su avalúo y la indemnización correspondiente...*» (188). De la misma manera cabría argumentar para aquellos actos de carácter posesorio debidos a la licencia del poseedor. En general, estos supuestos tienen una doble característica en común: *la cesión del uso y el deshaucio* (arts. 1.564 y ss. LEC). Dicho rasgo evidencia otro aspecto que no debe olvidarse: *la posesión o tenencia material del bien carece del carácter indebido que es predicable en materia de accesión* precisamente porque se trata de una cosa ajena (189).

Resta un supuesto que, si bien podría englobarse en los anteriores, prefiero diferenciarlo por cuanto se refiere a aquellos actos realizados por mera tolerancia del poseedor: son los denominados por el Cc como «*actos tolerados*». Un sector doctrinal ha considerado que dichos actos son aquéllos que se realizan con base en relaciones de amistad, vecindad o familiaridad (*iure familiaritatis*) restando en un plano extrajurídico (190), es decir, no producen efectos jurídicos. Ahora bien, el mismo sector de la civilística matiza la afirmación considerando que dichos actos pueden insertarse en una situación jurídica más compleja, lo que conllevaría la producción de efectos jurídicos. En mi opinión,

---

(188) Además, *vid. SSTS de 1 de junio de 1892, 27 de enero de 1953 y 4 de marzo de 1959*.

(189) El elemento de la ajenidad de la cosa ha estado presente en la jurisprudencia del TS que considera fuera del ámbito de la accesión, las mejoras realizadas por un copropietario en la cosa común (*SSTS de 27 de febrero de 1979 y 18 de junio de 1990*).

(190) Así, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. «*Fundamentos...*» T. II p. 490 significa que «separados estos actos (se refiere a los «actos meramente tolerados») de los ejecutados en virtud de un título contractual y del precario en todas sus formas, parece que han de ser actos de carácter extrajurídico, en atención, como dice MORALES, al entramado sociológico en que se desarrollan y a la falta de producción de auténticos efectos jurídicos, puesto que se les priva de la eficacia posesoria. Se trataría de actos fundados en relaciones de amistad, de buena vecindad o de familiaridad, en el ánimo de favorecer, de no entorpecer, etc...». No obstante, matiza su posición al advertir que «este concepto inicial de actos meramente tolerados como actos fundamentalmente extrajurídicos, fundados *iure familiaritatis*, recibe alguna ampliación cuando se colocan dentro del mismo marco los actos fundados en una voluntad expresa del poseedor legítimo, que sea por su naturaleza especialmente revocable y en virtud de la cual no se haya creado relación jurídica vinculante alguna, ni se haya atribuido al beneficiario derecho subjetivo alguno». En la línea de pensamiento del Profesor DÍEZ-PICAZO se halla COCA PAYERAS, M. que no considera que sean actos posesorios (Com. art. 444 Cc *op. cit.* p. 1198). *Vid.* MORALES MORENO, A.M «*Posesión y usucapión*» Madrid, 1972, pp. 1123-124.

los actos realizados *iure familiaritatis* no carecen de relevancia para el Derecho. El Derecho no se desentiende de ellos y estas situaciones posesorias ya sea desde el punto de vista patrimonial como desde otras ramas del Derecho civil (v. gr. Derecho de Familia o Derecho de Sucesiones) aparecen reguladas por el Derecho y los efectos que dimanar de dichas situaciones hacen que se adjetiven de jurídicas (191).

Pues bien, todas estas hipótesis han estado presentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, más recientemente, en la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: el sujeto cuyos actos tolera el poseedor puede ser un edificante, cultivador, etc. ...; el conocimiento de la ajenidad del suelo en el que edifica hará que se trate de un sujeto del cual es predicable la mala fe y aunque las mejoras llevadas a efecto son, por regla general, consentidas por el dueño del suelo y, por ende la normativa a aplicar sería aquélla que regula el supuesto en caso de que edificante y *dominus soli* se condujeran de buena fe (192), *no puede concedérsele el derecho de retención porque no cabe la intervención*

---

(191) *Vid.* Un supuesto en el que se condensan todos estos aspectos en la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 7 de octubre de 1991* (La Llei T. 1992-1 p. 40) y más recientemente, en la *STSJC de 1 de marzo de 1993* el ponente (Dr. L. Puig Ferriol) destaca que «...atesa l'estreta relació de parentiu que hi havia entre el propietari de la finca i el constructor —pare i fill— no és oportú considerar el problema des d'una perspectiva estrictament patrimonial, perquè s'interfereixen en aquest conflicte d'interessos unes connotacions de caire familiar, que no es poden menystenir; com són que la persona que va fer aquestes construccions i plantacions en una finca aliena era fill que treballava a les finques del patrimoni familiar, sens dubte perquè ni havia entre pare i fill un acord tàcit que el fill seria hereu de l'herència paterna...». En cambio la *Sentencia del TS de 12 de enero de 1948* mantuvo que «considerando que el único motivo del presente recurso, se impugna la sentencia recurrida invocando la simulación de la compra por el causante de los actores de la finca que es objeto de litigio, y al efecto se alega que la compraventa no ha tenido realidad por encubrir un simple préstamo, pero ni la sentencia de instancia acepta esta tesis, ni hay en los autos elemento de juicio alguno que, siquiera indiciariamente, la justifique, por lo que carece de toda eficacia en este recurso la referida alegación y procede mantener el fallo estimatorio de la acción de deshaucio, ya que no se combate debidamente la apreciación por la Sala sentenciadora de la concurrencia de legitimación activa y pasiva que necesariamente lleva al lanzamiento de la demandada como ocupante del inmueble en concepto de precarista, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.564 y 1.565, número tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que para evitarlo tenga eficacia en la esfera del derecho positivo la proximidad de parentesco entre los litigantes, ni la antigua pertenencia a su padre de la casa a que se refiere el deshaucio, ni la circunstancia, en fin, de que en ella, y por razones familiares, haya vivido la demandada durante muchos años, pues son éstos de orden interno o de conciencia, que no trascienden al ejercicio del derecho de propiedad según normas que regulan el orden externo de la convivencia humana; razones por las que no es dable el único motivo del recurso» (La demandante y la demandada eran hermanas. Por consideraciones de orden familiar la primera sólo pretendía que la segunda le pagara la renta por la finca que venía ocupando desde hacía años, a lo cual se negó la demandada y ello derivó en el juicio de deshaucio pertinente).

(192) *Vid.* las *SSTS de 5 de junio de 1984* y la más cercana en orden cronológico de *9 de julio de 1984*.

*del concepto posesorio (193). Sin embargo, la jurisprudencia que niega el derecho de retención al precarista, al poseedor sin título y en general al poseedor natural, no ha seguido la línea argumentativa expuesta, pues no se ha centrado en el estudio del derecho de retención y en el soporte posesorio innegable para su existencia, sino que ha aludido a posesión natural y a posesión civil equiparando dichas expresiones a posesión en concepto diferente al de dueño y a posesión en concepto de dueño respectivamente acogiendo, de esta manera, la corriente doctrinal que inauguró el Profesor Albaladejo (194). Quizá sea la STS de 17 de mayo de 1948 la que mejor exprese esta idea en su cuarto Considerando cuando señala que «el artículo 453 del Código Civil otorga al poseedor de buena fe el derecho a retener la cosa hasta que se le satisfagan los gastos necesarios o útiles que hubiere hecho en la misma, pero como solamente cabe reputar poseedor de buena fe, conforme al artículo 433 del citado Código, al que ignora que en su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide, resulta evidente que el derecho de retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir en el poseedor civil, pero no en el precarista, que carece de título y goza sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa, y por tal motivo no puede retener ésta en su poder por los gastos que en la misma hubiere realizado ni impedir el deshaucio, según se desprende de los artículos 1.599 y 1.600 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por todo lo cual no cabe estimar la infracción*

---

(193) CARRASCO PERERA, A. considera que «cabe hacer mención a una doctrina sustentada por el TS (SS 17-v-1949 y 9-VII-1984) en el sentido de que el derecho de retención sólo es concedible al poseedor civil, es decir, al que tiene un título que le faculta para poseer, pero no al poseedor precario, que sólo disfruta de una posesión natural graciosamente concedida por el dueño de la cosa. No comparto esta opinión. Podría pensarse, y sin duda sería lo correcto, que no es poseedor de buena fe a efectos del art. 361 el poseedor precario que disfruta de una posesión convenida con el dueño, pero si se le reconoce esta cualidad, como está haciendo la jurisprudencia, no existe razón para negarle el derecho de retención. Si no se restringe en sus términos el ámbito subjetivo, no creo que tampoco se deba restringir posteriormente la remisión del art. 453 y al derecho de retención que éste reconoce» (*op. cit.* p. 335). Por su parte, COCA PAYERAS, M. manifiesta que «el retentor no es un poseedor, sino porque carece de concepto posesorio ya que éste consiste en el ejercicio de un derecho sobre el objeto (...) y en estos casos lo que se ejercita es una mera facultad que, como tal, no constituye un concepto posesorio» (*op. cit.* p. 1172). Queda patente mi discrepancia con estos pareceres en el texto.

(194) ALBALADEJO GARCÍA, M. «Concepto, estructura y clases de posesión» en RDP p. 598 «la bipartición recogida en el artículo 432, que cabe calificar de posesión en concepto de titular y posesión en concepto de no titular, es la misma que en el artículo 430 se designa como posesión natural y posesión civil, definiendo aquélla como «la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona», y ésta como «esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos». Por mucho que se pretenda lo contrario (como hacen algunos autores, ambos artículos exponen la misma idea».

*del artículo 453 del Código civil a que se refiere el tercer motivo del recurso...» (195).*

Retomando el estudio del art. 278 Comp. hay que señalar que la ya mencionada *STS de 23 de mayo de 1989* niega el derecho de retención al precarista. En cambio, la también citada *STSJC de 1 de marzo de 1993* se lo otorga confirmando en este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona.

### 4.3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

La jurisprudencia del TS en materia de accesión puede ser clasificada en diferentes grupos en función del conflicto de intereses subyacente en cada una de las sentencias. En esta dirección son discernibles los siguientes grupos de conflictos:

i) *aquéllos referentes a la extralimitación en la construcción o a la denominada accesión invertida*: conocida es la doctrina jurisprudencial al respecto por lo que no incidiré en ella. Mi opinión quedó reflejada en otro lugar (196).

---

(195) *Vid. STS de 7 de octubre de 1949* cuyo segundo considerando es de evidente interés, pues, se acerca al estudio del derecho de retención: «que la argumentación con que el recurrente desarrolla el motivo segundo de su recurso parece a primera vista dotada de tal solidez que habría de hacerle prevalecer, porque, en razón de la existencia no contradicha de obras realizadas por los demandados en el inmueble objeto del litigio que han hecho aumentar el valor de aquél en determinada cantidad, según afirmación de un perito, se invoca el derecho de retención que establece el artículo 453 del Código Civil y en tal circunstancia se pretende vincular un nexo jurídico con suficiente eficacia que permita a los demandados seguir ocupando la finca en cuestión; pero que este razonamiento del recurrente cae por su propia base si se tiene en cuenta que el aludido derecho de retención, que en nuestro ordenamiento legal no se halla sistematizado, sino que se consigna en diversos preceptos que contemplan instituciones jurídicas diversas, por lo que, conforme enseña la doctrina de esta Sala en su sentencia de 24 de junio de 1941, en cada caso y con arreglo a la disposición legal que refiera habrán de deducirse las obligaciones y pertinentes consecuencias, requiere para su ejercicio con la finalidad y eficacia que previene en sus dos párrafos el artículo 453 del Código Civil, citado como infringido por el recurrente, que durante la realización de las obras o mejoras sobre las que se pretende fundamentar aquel derecho quien las efectúe posea la cosa en que se hagan con título suficiente y buena fe, para que al ser vencido en la posesión o cesar en ella pueda ampararse en el precepto aludido y continuar la tenencia de la cosa pero ahora ya por vínculo jurídico distinto del originario que se perdió...». Parece, pues, que alude al concepto posesorio y a su interversión. (*Vid. STS de 26 de febrero de 1949*).

(196) NAVAS NAVARRO, S. «Acción de deslinde y acción reivindicatoria. Problemática de las construcciones extralimitadas» (*Comentario a la sentencia del TSJC Sala Civil 7/1991 de 22 de julio*) La Llei T. 1991-2 p. 745. Respecto a la consolidada corriente jurisprudencial al respecto véase el comentario de LÓPEZ VILAS, R. *op. cit.* pp. 1019 y ss.

ii) *hipótesis en las que la edificación o construcción se llevó a cabo en bienes de dominio público (en concreto, en la zona marítimo-terrestre)*: tres son las sentencias —cercanas en el tiempo— que abordan dicho conflicto de intereses: *SSTS de 11 de junio de 1985* (Ponente: D. José Beltrán de Heredia y Castaño), *de 17 de junio de 1985* (Ponente: D. José Luis Albácar López) y *4 de julio de 1985* (Ponente: D. Carlos de la Vega Benayas). En estas tres sentencias el supuesto de hecho es semejante. Se parte de una concesión administrativa en la cual se legitima al concesionario a edificar una fábrica o nave industrial destinada a la conserva y salazón de pescado. Las concesiones, que son de principios de la presente centuria, se otorgan sobre terreno situado en la zona marítimo-terrestre. El Abogado del Estado interpone demanda reivindicando dichos terrenos. Como, fácilmente, se habrá atisbado se plantean diferentes cuestiones. Una de ellas es la referencia a los caracteres de los bienes de dominio público lo que, se señala por el Abogado del Estado, determina el fin de la concesión. El concesionario, por su parte, alega la propiedad de la finca y su posesión así como que el deslinde practicado por la Administración carece de efectos jurídicos. En las tres sentencias se considera que deben abonársele los gastos realizados. Sin embargo,

— se acoge otro concepto de buena fe (197);

— se aplica la normativa de la accesión a un supuesto en el que existe una relación jurídica dimanante de una concesión. Se quiebra la línea jurisprudencial que entendía que no cabía la aplicación de dicha normativa cuando existía tal relación, si bien en sentencias posteriores es reinstaurada (a título de ejemplo, en la STS 15 de abril de 1991). No obstante, sólo se aplica respecto de la indemnización que debe abonarse a los concesionarios lo que, quizá, justifique alguno de los fundamentos de derecho;

— se guarda silencio acerca del contenido y alcance de las concesiones.

iii) *supuestos en los que existe un mero beneplácito y que podrían enmarcarse en las relaciones originadas «iure familiaritatis»*: *SSTS de 9 de julio de 1984, 25 de noviembre de 1985, 5 de junio de 1986, 30 de octubre de 1986, 16 de marzo de 1993, STSJ de Galicia de 24 de junio de 1990 y la STSJC de 25 de abril de 1992*. En la jurisprudencia menor —si se me permite la expresión— pueden consultarse: *SAP de Tarra-gona de 22 de abril de 1987 y SAP de Gerona de 7 de octubre de 1991*.

---

(197) DE ANGEL YAGÜEZ, R. *op. cit.* p. 492: «a nuestro juicio, el razonamiento implícito del Tribunal es que no puede quedar sin compensación o indemnización quien lleva a cabo la construcción, aun sabiendo que el suelo es ajeno, en la razonable creencia (ingrediente ético) de que esa compensación se va a producir o en el contexto de una relación jurídica generadora de esa fundada expectativa». En la misma línea de preocupaciones se sitúa ARANA, I. en CCJC n.º 324 y creo que es la *ratio* de la solución adoptada por el TSJC en la sentencia de 1 de marzo de 1993.

Los rasgos más sobresalientes serían los siguientes: se concede el deshaucio, no se entra a analizar la línea divisoria, ciertamente sutil, entre actos posesorios meramente tolerados y actos ejecutados en virtud de licencia, y por regla general no se concede el derecho de retención.

iv) *casos en los que se entabla una acción de deshaucio por el heredero que desea entrar en la posesión de los bienes que conforman el caudal relicto una vez ha sido aceptada la herencia: estos conflictos pueden ser corolario de los anteriores pues los actos posesorios meramente tolerados se iniciaron en vida del causante: STS de 20 de junio de 1992 y STSJ de 1 de marzo de 1993.*

#### 4.4. Conclusión:

La principal conclusión que se puede extraer de lo expuesto, es que el supuesto de hecho de la norma del art. 278 Comp. (para aplicar los efectos jurídicos que previene el mismo precepto) es el siguiente: *un poseedor civil de buena fe y en concepto de dueño que realiza unos gastos (útiles). El sujeto tiene un derecho de crédito destinado a reembolsarse de dichos gastos (necesarios para obtener una mejora) que se ve reforzado por el derecho de retención de la finca sobre la que se edifica, planta, siembra o rotura como garantía específica del derecho de crédito.*

*El sujeto edificante no poseedor civil no goza de dicha garantía. Pero ello no impide reclamar los gastos ejercitando su derecho de crédito. éste sí reconocido implícitamente, en la norma a cualquier edificante, plantador, cultivador o, en general, constructor en suelo ajeno.*

#### 5. EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL ART. 278 COMP. SU EJERCICIO Y EXTINCIÓN (\*)

Conviene señalar, desde el principio, que el fin que me propongo en este epígrafe no pretende abarcar y estudiar el derecho de retención en toda su magnitud. La misión que me guió a lo largo del trabajo fue el análisis de la accesión en el Derecho Catalán y, por tanto, las líneas que seguirán acerca del derecho de retención pretenden, exclusivamente, enfocarlo en sede de accesión, es decir, en función del supuesto de hecho de la norma estatuida en el art. 278 Comp.

##### 5.1. El ejercicio del derecho de retención

El retentor en cuanto poseedor se encuentra protegido por los interdictos. Como se conoce el art. 446 Cc es aplicable tanto al poseedor na-

---

(\*) Vid. «El derecho de retención. Presupuestos, ejercicio y extinción». ABRIL, CAMPOY, J.M., NAVAS NAVARRO, Susana, «La Llei de Catalunya i Balears» junio 1994 n.º 82.

tural como civil («*todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen*»). Siendo, por tanto, como se ha visto, el retentor un poseedor natural gozará de la defensa interdictal. En esta dirección se ha planteado la doctrina si la situación posesoria del retentor puede verse aquejada del vicio de la violencia y en tal supuesto, cuál sea la protección que otorga el ordenamiento jurídico. Señala Scaevola que «el derecho positivo viene en confirmación de nuestro criterio (la facultad más importante del derecho de retención es ser amparado por los interdictos). Se da el interdicto de retener o recobrar, dice el art. 1.651 de la Ley procesal, cuando el que se halle en la posesión o en la *tenencia* de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle, o cuando haya sido ya despojado de dicha posesión o *tenencia* (...). Entre los requisitos intrínsecos del derecho de retención, figura el de la existencia actual de una posesión de hecho. Si, pues, la posesión existe, y a mayor abundamiento consagrada por una disposición legal, es indiscutible que habrá de ser amparada por los interdictos posesorios» (198). Pero, nótese que no se está ejercitando el derecho de retención sino que se está ante el ejercicio del interdicto de recobrar o de retener, en su caso. El ejercicio del derecho de retención se llevará a cabo mediante una *excepción* (199). No, en cambio, por vía de acción. En efecto, debe tenerse en cuenta que el su-

---

(198) SCAEVOLA, Q. M. *op. cit.* p. 504. igualmente, señala LÓPEZ DE HARO, C. que «*la retención no goza de acciones, pero la posesión de la cosa, en estado de retención, está amparada por las leyes.*

*No se podrá alegar la retención como derecho sino excepcionando, pero si se ataca el estado de hecho de la retención, su defensa toma carácter activo y surgen las acciones posesorias*» (*op. cit.* p. 68).

(199) Escribe LÓPEZ DE HARO, C. que «*esas acciones (se refiere a las acciones que nacen del «ius retentionis»), en cuanto al retentor, son realmente una excepción, la que le permite retener mientras no se le satisfaga su derecho, porque el ius retentionis no es actuación de ataque sino pasividad que comporta defensa.*

Al retener se mantiene una situación que llevada al orden adjetivo, al actuar recíprocamente los derechos de cada parte, se manifiesta en el retinente como excepción al derecho contrario en defensa del propio» («*El derecho de retención*» Madrid, 1921, p. 68. En la misma dirección se encuentran voces como la de VIÑAS MEY en «*El derecho de retención*» *op. cit.* p. 113). Por su parte, advierte, BELTRÁN DE HEREDIA, P. que «el retentor no toma iniciativa alguna; la iniciativa está a cargo del propietario actor, quien demanda la restitución de la cosa sin antes cumplir su obligación. Contra esta acción el retentor adopta una posición negativa y pasiva. El retentor en cuanto retentor carece de acción; la facultad de retener la ejerce mediante una excepción. El retentor únicamente se opone mediante una excepción a la acción del actor, reclamándole la cosa sin antes dar satisfacción a su crédito» («*El derecho de retención*» (teoría unitaria) RDP, 1962 p. 1028). Respecto a la clase de excepción de que se trata *vid.* ALMAGRO NOSETE, J. «*Significación procesal del derecho de retención*» en «*Consideraciones de Derecho procesal*», 1988 pp. 179 y ss.

puesto de hecho de la norma del art. 278 Comp. contempla a un edificante, plantante, cultivador, etc. ... que es poseedor de buena fe y en concepto de dueño. Por tanto, cree que el suelo es propio. En tal caso, por hipótesis, el edificante-poseedor de buena fe no ejercitará acción alguna. Será, pues, el verdadero propietario del suelo el que ejercitará la acción pertinente tendente a la recuperación del bien objeto de su derecho. Obviamente, la acción reivindicatoria. Pero no sólo esta acción. Recuérdese que en líneas más arriba se destacó cómo en el foro los supuestos obedecían al ejercicio de diferentes acciones: acción declarativa de dominio, acción personal de indemnización de daños y perjuicios, etc. ... (200).

El ejercicio del derecho de retención se da, por regla general, cuando reconviene el demandado solicitando la declaración de su existencia (201), si bien no deja de existir algún caso en el que el actor pretende que se condene a la parte demandada a otorgar escritura pública o subsidiariamente y a elección de la interpelada, se condenara a ésta a hacer suyas las obras realizadas por el demandante, previa indemnización de su importe con los aumentos correspondientes (...), declarando el derecho del accionante a retener el inmueble hasta que se le abonara la total inversión realizada (202).

Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de ejercitar el derecho de retención en período de ejecución de sentencia (*SSTS de 8 de julio de 1897, 27 de noviembre de 1902, 30 de mayo de 1969, 7 de julio de 1990, 28 de septiembre de 1990, SAT Barcelona de 30 de noviembre de 1971*).

## 5.2. La extinción del derecho de retención

A la extinción del derecho de retención se ha aludido por parte de

---

(200) *Vide supra*.

(201) Destacaba, en los años 20, LÓPEZ DE HARO, C. que «cuando la autoridad interviene requerida por el derecho contrario, puede tomar el *ius retentionis*, en virtud de reconvenición, carácter activo, no para constituirse, pero sí para sancionarse.

Si el dueño reclama la cosa se le opondrá como excepción el *ius retentionis* y puede además reconvenirse pidiendo que se declare proceder y estar bien hecha la retención» (*op. cit.* p. 70). Desde este punto de vista se le da pleno sentido a la posibilidad de ejercitar el derecho de retención mediante una acción de claración —partiendo del concepto que ofrece CHIOVENDA («es aquélla por la que el actor que la propone o invoca tiende exclusivamente a promover la certeza jurídica, frente a un estado de falta de certeza que le es perjudicial, pidiendo a tal objeto, que se declare existente un derecho suyo e inexistente el derecho ajeno») — que propone ALMAGRO NOSETTE, J. en *op. cit.* p. 181.

(202) *STS de 25 de noviembre de 1985*.



la doctrina como enervación del derecho de retención (203). Considero que no propiamente se enerva sino que se extingue aunque deberán tenerse en cuenta los medios jurídicos que prevé el art. 278 Comp. al respecto.

El art. 278 Comp. prevé tres formas de extinguir el derecho de retención: «...reintegre, afiance o consigne judicialmente...».

Respecto del primer modo, el art. 278 Comp. utiliza una expresión que como ha destacado la doctrina se refiere al *pago* de las cantidades que detalla el precepto o bien el aumento de valor adquirido por el suelo (204). El pago o cumplimiento de la deuda por el propietario del suelo extingue el derecho de crédito y como el derecho de retención es accesorio de un crédito se extingue también aquél. Por tanto, propiamente, no se enerva el derecho de retención sino que se extingue como consecuencia de la extinción del derecho de crédito que garantiza.

En relación con el pago se podría plantear la hipótesis del pago parcial (arts. 1.157 y 1.169 Cc). Si así lo acepta el retentor cabe el pago parcial, si bien en mi opinión puede seguir ostentando la tenencia de la cosa hasta el completo pago y extinción total de la deuda, pues, cuando el precepto se refiere a «reintegri» lo hace presuponiendo que dicho pago reunirá los requisitos subjetivos y objetivos de todo pago (arts. 1.158-1.159 Cc en cuanto a los primeros y arts. 1.157, 1.166 y 1.169 Cc respecto a los segundos) (205). Sin embargo, cabe aducir otra razón más poderosa: el derecho de retención es, según se ha cuidado de destacar la doctrina, al igual que el derecho real de hipoteca y de prenda,

(203) CUSÍ ESCOFET, W. *op. cit.* p. 87 el cual alude, impropiaemente, a «anular el derecho de retención»; PUIG FERRIOL, L. «Comentario al art. 278 Comp.» T. XXX *cit.* p. 17.

(204) CUSÍ ESCOFET, W. señala que «desde un punto de vista gramatical, el vocablo "reintegrar" tiene varias acepciones, entre ellas,... restituir, devolver, recobrar, pagar, etc...; sin embargo, de todos ellos, y por el contenido del artículo de referencia ha de afirmarse que equivale a pagar...» (*op. cit.* p. 87). En esta línea, PUIG FERRIOL, L. «y por cuanto hace referencia al concepto de reintegro que aparece también en dicho precepto, el reintegro se refiere al pago de una cantidad dineraria que cubra el importe de los conceptos aludidos en el tan repetido artículo» («Comentario al art. 278 Comp.» T. XXX *cit.* p. 15).

(205) Por otra parte, conviene traer a colación el art. 1.780 Cc en materia de depósito según el cual «el depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito». Este precepto ha permitido afirmar a la doctrina que lo ha estudiado que «el derecho de retención del depositario es pues indivisible y, aunque el objeto del depósito sea un bien divisible, no puede compelerse al depositario a una devolución parcial: el depósito retenido garantizará el pago de los créditos del art. 1.779 hasta su total extinción» (DEL POZO CARRASCOSA, P. *op. cit.* pp. 84-85).

*indivisible*, lo cual determina la respuesta afirmativa respecto a la retención por la parte del precio no pagado (206).

Otro de los posibles modos de extinción del derecho de retención es la consignación. La doctrina entiende que se hace referencia a un supuesto diverso del anterior. También existe un pago pero un pago rechazado «sin razón» por el edificante, cultivador, roturador... (art. 1.176 Cc) y ello permite al deudor-propietario del terreno consignar tras haber ofrecido el pago o cumplimiento. Sin embargo, conviene tener en cuenta que no bastará la mera consignación (en cuanto depósito ante la Autoridad judicial ex art. 1.178.1 Cc) para entender extinguido el derecho de retención. Antes bien, debe declararse que dicha consignación está bien hecha. Debe solicitarse que se declare extinguida la obligación (art. 1.180 Cc: «*Hecha debidamente la consignación, podrá el deudor pedir al Juez que mande cancelar la obligación*»). Sólo de este modo se entenderá extinguido el derecho de retención. Consecuentemente, la consignación deberá reunir los requisitos que determina el Cc (arts. 1.176 y ss. de dicho cuerpo legal).

El tercer medio jurídico que prevé el art. 278 Comp. es, si se sigue la literalidad del mismo, la fianza. No obstante, la doctrina catalana conviene en que el término empleado por el Compilador de 1960-1984 no debe interpretarse en sentido estricto, sino en sentido amplio comprendiendo cualquier tipo de garantía (207). Parece, por tanto, que el legislador pretende la constitución de otra medida de aseguramiento más vigorosa que el derecho de retención pues si el art. 278 Comp. prevé como garantía del derecho de crédito del edificante, cultivador, ... de buena fe el derecho de retención, ¿qué sentido tiene que se pretenda enervar una garantía con otra garantía? Quizá el significado obedezca a que el derecho de retención, como ha destacado la doctrina no supone

(206) El tercero de los caracteres del derecho de retención según SCAEVOLA, Q. M. es el de la indivisibilidad, nota común a los contratos de garantía. Señala respecto a ello que «la extinción debe ser total; de ahí que persista la garantía cuando la obligación no se ha resuelto por entero» (T. VIII *op. cit.* p. 492). En el mismo sentido, LÓPEZ DE HARO, C. *op. cit.* p. 66 «se trata de un crédito que afecta a una cosa, y pues mientras aquél no se extinga subsiste, y mientras subsista en todo o en parte sigue actuando sobre ella».

(207) «Desde el punto de vista teórico —destaca CUSÍ ESCOFET, W.— creemos no hay obstáculo alguno para afirmar que, efectivamente, la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, permite utilizar cualquier clase de garantía de las admitidas en Derecho, si bien en el orden práctico habrá de recurrirse, por regla general, al típico contrato de fianza regulado por el Código Civil, por lo que, en definitiva, estimamos que, si bien el criterio seguido por el Legislador, en estos supuestos, responde a una actitud abierta, es decir, que la enumeración de los tres términos ya citados no es exhaustiva, sino que independientemente de poder escoger entre aquéllas cabe usar de cualquier medio regulado legalmente, en el orden práctico habrá de recurrirse en la mayoría de los casos a los expresados en el artículo 278 de la Compilación» (*op. cit.* p. 88). También, PUIG FERRIOL, L. «Comentario al art. 278 Comp.» T. XXX *cit.* p. 15.

un derecho de realización de valor, sino que proporciona al *retentor* la preferencia en cuanto al señalamiento de los bienes que pueden ser embargados (arts. 1.408, 1.447 y 1.454 LEC) dado que es un acreedor más (208). En cambio, si el propietario del suelo-deudor de los gastos realizados (o del aumento de valor) constituye un derecho real de garantía que consista, en su caso, en la realización del valor del bien (v. gr. la hipoteca) que, por tanto, permite acudir al juicio ejecutivo con la consiguiente celeridad en la solución del conflicto, el derecho de retención ve considerablemente disminuida su función económico-jurídica. Los derechos reales de garantía se distinguen por el *ius distrahendí, ius perseguendí*, el *privilegio* (en este caso) ex art. 1923,3 Cc. Caracteres de los que no goza el derecho de retención. En esta dirección escribe Lacruz que el derecho de retención es «un medio de disuasión de la actitud rebelde del deudor frente al cumplimiento, cuya eficacia dependerá del deseo que tenga éste de recobrar el objeto retenido» (209).

En el supuesto de que presente fiador el deudor, cuenta entonces el acreedor con otro patrimonio hacia el cual dirigirse y cobrarse su derecho de crédito (210). Obsérvese, pues, que en dichos supuestos tiene sentido que el derecho de retención se extinga pese a que no lo haga el derecho de crédito que le sirve de base y al cual garantiza.

(208) SCAEVOLA, Q. M. T. VIII *op. cit.* p. 511; VIÑAS MEY «*El derecho de retención*» *cit.* p. 112; BELTRÁN DE HEREDIA, P. *op. cit.* p. 1029 («*quien tiene una cosa ajena en garantía del cumplimiento de una obligación hemos dicho que además de retentor es un acreedor, y hemos dicho también que la retención no excluye la contemporánea existencia de otras acciones, garantías y procedimientos encaminados a conseguir el cobro del débito. En aplicación de estos principios el acreedor, como tal acreedor, puede proceder a la ejecución forzosa sobre la cosa retenida. Quede bien claro que esta facultad le compete como acreedor, no como retentor. El retentor no puede provocar la ejecución forzosa; el ejercicio de su derecho consiste en la retención de la cosa. Nada más. Si el retentor en su cualidad de acreedor promueve la ejecución forzosa sobre la cosa retenida extingue con ella la retención, y entrará en la liquidación como acreedor quirografario*»). En la moderna doctrina civilista así lo consideran LACRUZ BERDEJO, J. L. et alii T., II V. I *op. cit.* p. 365; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. «*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*» Las relaciones obligatorias V. II (1992) pp. 410-411; PUIG BRUTAU, J. «*Fundamentos de Derecho civil*» T. I. V. II 3.<sup>a</sup> edic. Bosch (1985) p. 472; ALBALADEJO GARCÍA, M. «*Derecho civil*» (*Derecho de obligaciones*) T. II V. I. 8.<sup>a</sup> edic. (1989) p. 264. Respecto del depositario, entiende DEL POZO CARRAS-COSA, P. que «el depositario se comporta pues como un ejecutante cualquiera, pero, si además es retentor de la cosa depositada, tiene una importante ventaja respecto de un mero acreedor, pues la facultad de designación de bienes de los ya mencionados arts. 1.408 y 1.454 LEC le permite trabar ejecución, cuando menos, en la cosa objeto del depósito y retenida, que es el único bien que, *a priori*, sabe con certeza que pertenece a deudor. El depositario retentor se convierte así en retentor ejecutante» (*op. cit.* p. 110).

(209) LACRUZ BERDEJO, J. L. et alii *op. cit.* T. II V. I p. 365.

(210) Destaca VIÑAS MEY que no es causa extintiva del derecho de retención «el ofrecimiento de una caución, no pudiendo quedar a la voluntad del deudor sustituir la garantía legal...» («*El derecho de retención*» *cit.* p. 113).

Ahora bien, no sólo son estos los supuestos de extinción del derecho de retención. Existen otros. Entre ellos destaca la doctrina (211): 1.— la pérdida o destrucción de la cosa: si la destrucción es parcial sobre el resto se concentrará el derecho de retención; 2.— la pérdida de la posesión (212); 3.— la renuncia del titular del derecho de retención.

Estas son las causas de extinción del derecho de retención que han sido destacadas por la doctrina. Sin embargo, conviene detenerse en la segunda. Según destaca el art. 460 Cc la primera causa de pérdida de la posesión es el *abandono de la cosa*. Si este es el comportamiento que lleva a cabo el *retentor* entiendo que, de hecho, está renunciando al derecho de retención, por lo que esta causa de pérdida de la posesión sería reconducible a la tercera causa de extinción del derecho de retención que, líneas superiores, señalaba. La segunda causa que estatuye el art. 460 Cc como pérdida de la posesión es la *cesión hecha a otro por título gratuito u oneroso*. En este supuesto concreto, el *retentor* cometería un acto de despojo frente al propietario del bien (salvo en el caso de cesión *mortis causa*) reconduciéndose al supuesto del art. 460.4 Cc. Finalmente, la tercera causa es la *destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar ésta fuera del comercio*. La primera parte de la proposición es equivalente a la primera causa, que he enumerado, de extinción del derecho de retención. La segunda parte de la misma proposición obedece al concepto jurídico de pérdida de una cosa que, también comportaría la extinción del derecho de retención.

Reorganizando, pues, las causas de extinción del derecho de retención, el elenco sería el siguiente:

- extinción del crédito al cual garantiza (pago o consignación);
- constitución de una nueva garantía;
- pérdida o destrucción de la cosa retenida o por quedar ésta fuera del comercio;
- renuncia al derecho de retención.

### 5.3. La declaración de la cantidad a abonar

El *retentor*, según el art. 278 Comp., determina la cuantía que considera que se le debe abonar: «...en la cuantía que declare quien pretenda la retención, sin perjuicio de las comprobaciones posteriores...».

---

(211) VIÑAS MEY «El derecho de retención» *op. cit.* p. 113. Destaco en el texto aquellos supuestos de extinción del derecho de retención que se avienen con el supuesto de hecho de la accesión.

(212) Sin embargo, téngase presente lo que se advierte en el texto respecto del despojo.

Esta es, precisamente, la perspectiva que adopta la Compilación en la regulación de la accesión. Parte analizando los derechos del edificante de buena fe. Luego, en consonancia con ello, se deja la fijación de la cuantía al acreedor de la misma (*«favor creditoris»*).

El problema que ha atisbado, en este punto, la doctrina ha sido el de su efectividad en la práctica. Así se ha escrito «esta iniciativa que la Ley confiere al constructor puede ser fuente de abusos en la práctica, pues la doctrina ha puesto de relieve que si el constructor fija una cuantía notablemente superior al precio de los materiales, semillas y jornales, con ello pone al propietario del suelo ante considerables dificultades para enervar el derecho de retención de aquél, que deberá acudir al correspondiente juicio declarativo ordinario para que fije el importe de las cantidades que realmente deba reintegrar, afianzar o consignar el propietario del suelo». Seguidamente, se añade que la solución al conflicto de intereses suscitado debe pasar por conseguir hacer efectivo el derecho de retención del constructor pues es la única garantía de la que goza éste (213).

De hecho, tras la reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974, la referencia legislativa al abuso del derecho (art. 7.2 Cc) ofrece la solución a dicha problemática: «...*dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*».

El aumento excesivo en la cantidad a pagar hará que se dilucide la cuestión en el juicio declarativo correspondiente (214).

---

(213) PUIG FERRIOL, L. «Comentario al art. 278 Comp.» T. XXX cit. p. 17. CUSÍ ESCOFET, W. *op. cit.* p. 88. ABRIL CAMPOY, J.M. *op. cit.* p. 1902.

(214) SAT de Barcelona de 30 de noviembre de 1971 destaca que debe haber una demostración cumplida de haber realizado las obras o construcciones. Una sentencia de la misma Audiencia de 25 de septiembre de 1979 destacó que el propietario del suelo puede, en trámite de ejecución de sentencia, efectuar y proponer las pruebas que estime pertinentes para acreditar el verdadero valor de las edificaciones.

# Para una eficaz administración forzosa de bienes embargados

JOAN PICÓ I JUNOY

Profesor Titular Interino de Derecho Procesal  
Universidad de Barcelona

**SUMARIO:** 1.— Consideraciones iniciales. 2.— Concepto y características. 3.— Procedimiento para su adopción. 4.— Efectos: derechos y obligaciones del acreedor ejecutante (administrador) y del deudor ejecutado. 5.— Extinción. 6.— Problemas que plantea y propuestas de *lege ferenda*.•

## 1. CONSIDERACIONES INICIALES

La tutela judicial de los derechos e intereses legítimos —proclama el art. 24 de nuestra Constitución (C.E.)— debe ser efectiva. El juicio jurisdiccional, entendido como la determinación irrevocable del derecho al caso concreto (1), en ocasiones puede ser insuficiente para satisfacer la efectividad de la tutela judicial. En consecuencia, se hace necesario articular un instrumento (proceso de ejecución) a través del cual poder llevar a cabo lo declarado en la sentencia firme, permitiendo a los Jueces y Tribunales ejercitar plenamente su función jurisdiccional, esto es, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 C.E.). De este modo, se garan-

---

(1) La esencia de la jurisdicción, destaca SERRA DOMÍNGUEZ, se encuentra en la irrevocabilidad del juicio jurisdiccional. Así, define a la jurisdicción como «la determinación irrevocable del derecho al caso concreto, seguido, en su caso, por su actuación práctica» (SERRA DOMÍNGUEZ M.: «Jurisdicción», en *Estudios de Derecho Procesal*, Edit., Ariel, Barcelona, 1969, p. 50).

tiza el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, corrolario obligado del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (2). Si mediante el proceso declarativo se tiende a conocer utilizando la razón —decía CARNELUTTI— con el proceso ejecutivo se tiende a transformar utilizando la fuerza (3).

La actividad jurisdiccional ejecutiva tiene por finalidad hacer cumplir lo ordenado en un título ejecutivo, y no concluye hasta que el acreedor ejecutante se ve efectiva y totalmente resarcido, no sólo en su crédito inicial, sino en los intereses y costas generados por las actuaciones ante los Tribunales. En esta actividad podemos distinguir dos etapas: la del embargo, y la del procedimiento de apremio. La primera tiene por función concretar el objeto sobre el que ha de recaer la actividad de apremio del propio proceso de ejecución en el que tiene lugar dicho embargo (4); y la segunda, extraer una utilidad económica de los elementos patrimoniales embargados al ejecutado (5), y la entrega de una cantidad determinada de dinero para subsanar el incumplimiento por el ejecutado de lo ordenado en la resolución judicial que es objeto de ejecución (6).

En nuestro ordenamiento jurídico se prevén fundamentalmente tres grandes sistemas para la reparación del incumplimiento del deudor ejecutado. Estos son: la entrega al acreedor ejecutante de una cantidad determinada de dinero previamente embargado; la conversión en dinero de los elementos integrantes del patrimonio del deudor y la posterior entrega al ejecutante de una cantidad determinada del mismo (7); y, la administración forzosa por el acreedor ejecutante de los elementos patrimoniales afectados del ejecutado hasta la obtención de la suma dineraria necesaria para cubrir la cantidad que se le adeuda. Esta última modalidad que puede adoptar el procedimiento de apremio es la que va a constituir nuestro objeto de estudio.

(2) Es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) según la cual, el cumplimiento de las resoluciones judiciales forma parte integrante del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales consagrado en el art. 24.1 C.E. En este sentido, *vid.* las SSTC 194/1993, de 14 de junio; 34/1993, de 8 de febrero; 41/1993, de 8 de febrero; 153/1992, de 19 de octubre; 149/1989, de 22 de septiembre; 140/1989, de 20 de junio; 92/1988, de 23 de mayo; 4/1988, de 21 de enero; 167/1987, de 28 de octubre; 67/1984, de 7 de junio; 26/1983, de 13 de abril; 32/1982, de 7 de junio; entre otras muchas.

(3) CARNELUTTI, F.: «Sistema del Derecho Procesal Civil», T. I, (traducción de Alcalá-Zamora y Castillo, N., y Sentís Melendo, S.), Edit. UTEHA Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 214.

(4) CACHÓN CADENAS, M. J.: «El embargo», Edit. Bosch, Barcelona, 1991, p. 34. De igual modo, *vid.* CARRERAS LLANSANA, J.: «El embargo de bienes», Edit. Bosch, Barcelona, 1957, p. 138.

(5) RAMOS MÉNDEZ, F.: «Derecho Procesal Civil», T. II, 5.<sup>a</sup> ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1992, p. 1080.

(6) FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», Edit. Bosch, Barcelona, 1987, p. 12.

(7) En este sistema incluimos la adjudicación en pago del bien embargado, prevista en los arts. 1.504, 1.505 y 1.529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), así como en los arts. 131.10.<sup>o</sup> y 11.<sup>o</sup> de la Ley Hipotecaria (LH) y 229 del Reglamento Hipotecario (RH).

La finalidad de la administración forzosa, como tendremos ocasión de constatar, no es otra que satisfacer del mejor modo posible el crédito del acreedor ejecutante con el mínimo deterioro del patrimonio del deudor. Así, con referencia al acreedor, se evita la venta de los bienes embargados en una subasta pública, con la consiguiente depreciación económica que en la práctica se produce sobre tales bienes, pudiendo llegar a obtenerse una cantidad dineraria inferior a la que se le debe; y en favor del deudor, no se le sustraen de su patrimonio los bienes objeto de ejecución (8). Este deseo de armonizar los intereses contrapuestos de acreedor y deudor se refleja en nuestra LEC, al permitirles una amplia libertad de pactos acerca del modo en que debe desarrollarse la administración (9).

Para concluir estas breves consideraciones introductorias, y antes de entrar en el análisis de los distintos aspectos de la administración forzosa de bienes embargados, es menester evidenciar que estamos en presencia de una institución jurídica escasamente tratada por los autores, con una deficitaria e insatisfactoria regulación normativa, huérfana de una doctrina jurisprudencial que complementa estas lagunas legislativas (10). Todo ello ha conducido a su destierro del quehacer de nuestros Tribunales.

## 2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

### La administración forzosa, siguiendo a GUASP DELGADO

---

(8) En este sentido, VICENTE Y CARAVANTES, ya en el siglo pasado, indicaba: «Adjudícanse los bienes en *pretoria* cuando se entrega su posesión al acreedor para que vaya cobrándose su crédito con sus productos ó rentas: verifícase esta adjudicación cuando el crédito ó deuda es de poca monta, y los bienes trabados esceden en mucho de este, y tiene por objeto no privar al deudor innecesariamente del dominio de dichos bienes» (VICENTE Y CARAVANTES, J.: «Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento», T. III, Imprenta Gaspar y Roig editores, Madrid, 1858, p. 360).

(9) Lo deseable para lograr una administración forzosa realmente eficaz sería, como observa MANRESA Y NAVARRO, el pleno entendimiento entre acreedor y deudor (MANRESA Y NAVARRO, J. M.: «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», T. V, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1891, p. 602). No obstante, debemos manifestar nuestro escepticismo respecto a la obtención de este entendimiento, pues si a él han podido llegar durante todo el proceso de ejecución difícilmente va a tener lugar en sede de administración forzosa.

(10) En este sentido, MONTERO AROCA destaca que la administración forzosa constituye una de las lagunas más importantes de la LEC (MONTERO AROCA, J.: «Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario», Edit., Cívitas, S.A., Madrid, 1982, p. 121; e id.: «Juicio crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conmemoración no festiva de su centenario», en la obra *Para un proceso civil eficaz*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, p. 175); y PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, L., y DE LA OLIVA SANTOS, A.: «Sistema de recursos. Perfeccionamiento del derecho de ejecución singular», en *X Reunión de Profesores de Derecho Procesal de Universidades Españolas*, Santiago de Compostela, 1977, p. 58, para quienes la administración forzosa «debe ser objeto de profunda revisión».



(11), es la utilización de los rendimientos de un bien, de sus frutos o productos, para con ellos obtener los fines propios de una decisión ejecutiva, es decir, la utilización del valor del bien en uso, lo que se verifica entregando el bien al acreedor ejecutante, pero no para que lo haga suyo, sino para que con sus frutos o productos vaya satisfaciendo su crédito.

La modalidad de administración forzosa en la que vamos a centrar nuestro estudio es la prevista en el procedimiento de apremio, para cuando se declara desierta la segunda subasta, consistente en la entrega al acreedor ejecutante de alguna o todos los bienes embargados para que, con los productos de los mismos y en la medida en que vayan produciéndose, se realice el pago de su crédito (12).

(11) GUASP DELGADO, J.: «Derecho Procesal Civil», T. I, 3.<sup>ª</sup> ed., Edit. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 466.

(12) En los ordenamientos jurídicos alemán e italiano existen instituciones jurídicas similares, si bien con particularidades propias. En Alemania, encontramos la *Zwangsvollstreckung*, prevista de forma genérica, en los §§ 866 y 869 de la *Zivilprozessordnung* de 1877 (ZPO), y regulada de manera pormenorizada en los §§ 146 a 161 de la *Zwangsvollstreckungsgesetz* (ley sobre subasta y administración forzosa) de 24 de marzo de 1897 (ZVG) modificada posteriormente por varias leyes (la última es de 17 de diciembre de 1990). A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento español, en el alemán la administración se organiza más detalladamente. Tan sólo nos limitaremos, en este punto, a destacar someramente sus rasgos más característicos. Debemos empezar por indicar que cómo la administración forzosa puede ser solicitada conjuntamente con la subasta pública, e incluso con anterioridad a la misma. Es configurada por la doctrina como una especie de curatela, destinada a satisfacer el pago al acreedor ejecutante, en la que el administrador (tercero nombrado por el Tribunal) se configura como representante legal del deudor ejecutado, atribuyéndosele un poder de representación limitado a los fines propios de la administración. Para ello se le entrega la posesión inmediata de la finca, salvo que ésta se encuentre gravada con cargas preferentes, en cuyo caso la administración forzosa se limita a percibir las rentas que obtendría el deudor ejecutado por la existencia de tales gravámenes. El administrador (curador) tiene el derecho y el deber de ejecutar todos los actos necesarios para la buena conservación, mantenimiento y aprovechamiento adecuado de la finca, siempre que no se altere el uso para el cual estaba destinada pues, en este supuesto, se requiere una previa autorización judicial. Esta administración forzosa se encuentra bajo el continuo control del propio Tribunal, quien puede dar al administrador las instrucciones que estime oportunas, exigirle la prestación de una fianza, imponerle multas y depenarlo en caso de extralimitarse en sus funciones. Además, el administrador responde del incumplimiento de sus deberes, y debe rendir cuentas anualmente al acreedor y al deudor. En contrapartida a todas estas obligaciones, la actuación del administrador es remunerada, debiéndose satisfacer esta remuneración con cargo a los productos y rentas de la finca, como un gasto más de la administración. Para el estudio de las distintas cuestiones problemáticas que presenta la *Zwangsvollstreckung*, vid. BLOMEYER, K.: «Zwangsvollstreckung», Edit., *Walter De Gruyter & Co.*, Berlín 1956, pp. 9, 109, 117 a 124, y 148 a 151; STÖBER, K.: «Die Zwangsvollstreckung in der Praxis, Ausgewählte Probleme und aktuelle Beispielfälle», *KommunikationsforumRecht, Wirtschaft, Steuern*, (RWS-SeminarskriptNr. 10), Köln, 1978/1979; SCHIFFAUER, H.: «Zwangsvollstreckung und Zwangsverwaltung - Ausgewählte Probleme und aktuelle Beispielfälle», *KommunikationsforumRecht, Wirtschaft, Steuern*, (RWS-SeminarskriptNr. 15), Köln, 1978/1979; LOEWENHEIM, U.: «Zwangsvollstreckung und Zwangsverwaltung von Grundstücken», en *Neue WirtschaftsBriefe*, n.º 24, 1983, pp. 1617 a 1626; DRISCHLER, K.: «Lasten und Beschränkungen in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung», en *Rechtspflegejahrbuch*, n.º 49, 1983, pp. 347 a 371; id.: «Lasten und Beschränkungen in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung», en *Rechtspflegejahrbuch*, n.º 47, 1981, pp. 318 a 344; JAUERNIG, O.: «Zwangsvollstreckung und Konkursrecht», Edit. C.H. Beck, München, 1983, pp. 110-111; TEUFEL, H.: «Zwangsvollstreckung und Zwangsverwaltung», Edit. Gieseking, Bielefeld, 1984; BECKMANN, R.: «Zwangsvollstreckung - lohnt sich das?», en *Kommunal-Kassen-Zs.* n.º 5, 1986, pp. 84-85; y ARIENS, P.; y LÜKE, W.: «Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. Zwangsvollstreckung», Edit. C.H. Beck, München, 1994, p. 470.

De esta definición se desprende la gran similitud existente entre la administración forzosa y la anticresis, como derecho real constituido en garantía de una obligación y que autoriza a su titular para percibir los frutos de un bien inmueble del deudor, con el fin determinado de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieran, y después, o cuando no fueren debidos, a la satisfacción del capital de su crédito (13). Esta

---

En Italia, para la misma función se encuentra la *amministrazione giudiziaria*, regulada en los arts. 592 a 595 del *Código de Procedura Civile* de 1942 (CPC). En el ordenamiento italiano se prevé, para cuando queda desierta la primera subasta, una eventual administración forzosa de las líneas embargadas, o bien otra nueva subasta. La administración la puede ejecutar el propio acreedor, previa autorización judicial, o incluso el propio deudor si hay acuerdo unánime de todos los acreedores. El administrador debe periódicamente presentar cuentas de su gestión y depositar las rentas obtenidas en el modo establecido por el juez. No obstante, durante el curso de esta administración el juez puede disponer que tales rentas sean entregadas al acreedor ejecutante. Cualquier tipo de controversia entre acreedor y deudor se resuelve mediante una comparecencia judicial. Por último, merece destacarse la existencia de una limitación temporal en la duración de la administración a tres años. Para el análisis detallado del alcance, contenido y dificultades prácticas que plantea la *amministrazione giudiziaria*, vid. por todos, PROVINCIALI, R.: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», en *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. II, Edit. Giuffrè, Milano, 1951, pp. 221 a 247; e id.: «Amministrazione giudiziaria», en *Enciclopedia del Diritto*, T. II, Edit. Giuffrè, Milano, 1958, pp. 212 a 219. De igual modo, vid. D'ONOFRIO, P.: «Comentario al nuovo Codice di Procedura Civile», vol. II, Edit. CEDAM, Padova, 1941, pp. 113 a 115; ANDRIOLI, V.: «Commento al Codice di Procedura Civile», vol. III, 3.<sup>a</sup> ed., Edit. Eugenio Jovene, Napoli, 1957, pp. 280 a 286; SATTA, S.: «Commentario al Codice di Procedura Civile», T. III, Edit. Giuffrè, Milano, 1966, pp. 407 a 412; CARPI, F.; COLESANTI, V.; y TARUFFO, M.: «Comentario breve al Codice di Procedura Civile», Edit. CEDAM, Padova, 1984, pp. 759 a 761; o BONGIORNO, G.: «Espropriazione immobiliare», en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, T. VIII, Edit. UTET, Torino, 1992, pp. 65 a 67.

(13) CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Derecho Civil Español Común y Foral», T. II, 11.<sup>a</sup> ed., Edit. REUS, S.A., Madrid, 1973, p. 520. Sin ánimo de realizar un alarde bibliográfico y al solo efecto de facilitar al lector la doctrina referente a la anticresis, institución que, como tendremos ocasión de analizar, tiene una especial trascendencia para nuestro estudio al colmar ciertas lagunas normativas de la administración forzosa, debemos destacar no sólo los Tratados y obras generales de Derecho Civil (así, HERNÁNDEZ MORENO, A.: «Comentario del Código Civil», T. II, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1926 y ss.; SANTOS BRIZ, J.: «Código Civil. Doctrina y jurisprudencia», T. VI, Edit. Trivium, Madrid, 1991, pp. 793 y ss., e id.: «Derecho Civil. Teoría y prácticas», T. II, Edit. EDERSA, Madrid, 1973, pp. 689 y ss.; LA-CRUZ BERDEJO, J. L.: «Derechos reales», vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1991, pp. 396 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: «Sistema de Derecho Civil», vol. III, 4.<sup>a</sup> ed., Edit. Tecnos, Madrid, 1989, pp. 558 y ss.; ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A.: «Curso de Derechos Reales», T. II, Edit. Civitas, S.A., Madrid, 1987, pp. 211 a 221; ALBADALEJO, M.: «Derecho Civil», T. III, vol. II, 5.<sup>a</sup> ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 266 y ss.; ESPIN, D.: «Manual de Derecho Civil Español», vol. II, 6.<sup>a</sup> ed., Edit. EDERSA, Madrid, 1981, pp. 509 y ss.; GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T. XXIII, Edit. EDERSA, Madrid, 1979, pp. 525 y ss.; PUIG BRUTAU, J.: «Fundamentos de Derecho Civil», T. III, vol. III, 2.<sup>a</sup> ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1974, pp. 47 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Derecho Civil Español Común y Foral», T. II, 11.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, pp. 519 y ss.; PUIG PEÑA, F.: «Tratado de Derecho Civil Español», T. III, vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., Edit. EDERSA, Madrid, 1958, pp. 463 y ss., id.: «Compendio de Derecho Civil Español», T. II, 3.<sup>a</sup> ed., Edit. Pirámide, Madrid, 1976, pp. 673 y ss.; SANTAMARÍA, J.: «Comentarios al Código Civil», T. II, Edit. EDERSA, Madrid, 1958, pp. 923 y ss.; SCAEVOLA, Q. M.: «Código Civil», T. XXIX, Edit. REUS, Madrid, 1955, pp. 561 y ss.; MANRESA Y NAVARRO, J. M.: «Comentarios al Código

similitud nos conduce a pensar que estamos ante una especie de «anticresis procesal forzosa» (14), pues tiene lugar en el marco del proceso de ejecución (procesal) y su constitución es independiente a la voluntad del deudor (forzosa) (15). En función de la presente configuración jurídica de la administración forzosa, entendemos que le son aplicables, por vía analógica, los preceptos reguladores de la anticresis. Ello resulta especialmente positivo en orden a determinar con precisión el ámbito de los derechos y obligaciones tanto del acreedor ejecutante como del deudor ejecutado (16).

Civil Español», T. XII, 5.<sup>a</sup> ed., Edit. REUS, Madrid, 1951, pp. 551 y ss.; y, BONELY SÁNCHEZ, L.: «Código Civil Español», vol. IV, Barcelona, 1891, pp. 876 y ss.), sino también los estudios monográficos de BATLLE VÁZQUEZ, M.: «Anticresis», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. II, Edit. Seix, Barcelona, 1950, pp. 697 y ss.; PENZOL VIANDE, R.: «La posesión en la anticresis», en *Foro Gallego*, 1949, pp. 163 y ss.; GARCÍA-GRANERO, A.: «Acercas de la naturaleza jurídica del Derecho de anticresis», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 206-207, 1945, pp. 457 y ss.; SANZ FERNÁNDEZ, A.: «El derecho de preferencia en la anticresis», en *Revista de Derecho Privado* (R.D.P.), núm. 313, 1943, pp. 223 y ss.; MAS CASAMADA, J.: «Anticresis», en *La Notaría*, 1898, pp. 185 y ss.; y, FALCÓN, M.: «Pacto anticrético», en *Revista de Tribunales*, 1893, pp. 3 y ss.

(14) En este orden de ideas, debemos poner de manifiesto que parte de la doctrina califica a esta administración forzosa como un «verdadero derecho de anticresis» (en este sentido, se pronuncia ROCA SASTRE respecto a la administración provisional o interina de bienes especialmente hipotecados, en «Derecho Hipotecario», T. IV, 2.<sup>o</sup>, 7.<sup>a</sup> ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1979, p. 1128); o una «anticresis impropia e inversa» (así, SAEZ JIMÉNEZ, J., y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, E.: «Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal», T. III, vol. I, Edit. Santillana, Madrid, 1969, p. 1016, quienes califican a esta anticresis como «impropia», pues «no nace de pacto o convención, sino de una imposición legal taxativa cuando se cumplen los presupuestos que la Ley señala», e «inversa» ya que «primero se intenta realizar el valor, y ante su imposibilidad práctica, se acude a tratar de cubrir el importe de la ejecutoria con los frutos periódicos que la cosa inmueble pueda producir»; o una «anticresis forzosa» (de este modo, CARNACINI, T.: «Contributo alla teoria del pignoramento», Edit. CEDAM, Padova, 1936, p. 50; PROVINCIALI, R.: «Amministrazione giudiziaria», *ob. cit.*, p. 213; y, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, M.: «Síntesis del Derecho Procesal (Civil, Mercantil y Penal)», T. II, Derecho procesal mexicano, México, 1977, p. 441); e incluso algún autor ha llegado a concebir la anticresis como una simple administración (de esta opinión es ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A.: «Curso de Derechos Reales», T. II, *ob. cit.*, p. 216).

(15) No obstante, como tendremos ocasión de analizar, ello no obsta para que puedan existir pactos privados entre acreedor ejecutante y deudor ejecutado acerca del modo y la forma de practicarse la administración forzosa (art. 1.522.1 LEC).

(16) Esta supletoriedad de la normativa referente a la anticresis es defendida, entre otros, por MANRESA Y NAVARRO, J. M.: «Comentarios ...», T. V., *ob. cit.*, p. 621; GUASP DELGADO, J.: «Derecho Procesal Civil», 6.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, p. 467; y, FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *op. cit.*, p. 52. De este modo, se logra parcialmente solventar las considerables lagunas que encontramos en la LEC en materia de administración forzosa.

Esta conformación de la administración forzosa pone en evidencia su incorrecta asimilación a la dación en pago, pues ésta comporta la entrega al acreedor de bienes distintos de los debidos con objeto de extinguir una obligación (17), esto es, una especie de adjudicación en pago prevista en el art. 1.504 LEC. De igual modo, tampoco se trata de una cesión de bienes, en la medida en que ésta supone la entrega de bienes al acreedor para que con lo obtenido en su venta resarza su crédito (18).

De esta definición se deducen los rasgos caracterizadores de la administración forzosa. Así, destacan:

1. *Su opcionalidad.* La administración forzosa es una modalidad de realización de los bienes que, en el proceso de ejecución, se ofrece al acreedor ejecutante cuando queda desierta la segunda subasta por falta de licitadores. En este momento, se le presentan tres opciones: la administración forzosa; la adjudicación en pago de los bienes embargados, por las dos terceras partes de la cantidad que hubiera servido de tipo a la segunda subasta, esto es, la mitad del valor de los mencionados bienes (art. 1.505.I LEC); o instar la celebración de la tercera subasta sin sujeción a tipo (art. 1.506.I LEC).

De igual modo, el ejecutante puede optar por esta institución cuando la ejecución se dirige contra bienes especialmente hipotecados, y exista un pacto contractual expreso en virtud del cual el acreedor pueda encargarse de la administración de los mismos mientras se verifica la venta en dicha ejecución (art. 1.530 LEC).

2. *Su subsidiariedad.* La administración forzosa es un medio sustitutivo de la subasta desierta, es decir, a ella el acreedor ejecutante no puede acogerse facultativamente al inicio del procedimiento de apremio, sino tan sólo cuando la segunda subasta queda desierta (19).

---

(17) Acerca de la dación en pago, *vid.* SASTRE PAPIOL, S.: «La dación en pago», Edit. Bosch, Barcelona, 1990; SERRANO ALONSO, E.: «Consideraciones sobre la dación en pago», en *R.D.P.*, mayo, 1978, pp. 416 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. R.: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil (A.D.C.)*, julio-septiembre, 1957, pp. 753 y ss.; y, LATOUR BROTONS, J.: «Notas sobre la dación en pago», en *R.D.P.*, julio-agosto, 1953, pp. 625 y ss.

(18) Respecto a la cesión de bienes como modo sustitutivo de cumplimiento de las obligaciones, *vid.* DE GAMBON ALIX, G.: «Notas sobre la naturaleza jurídica del contrato de cesión de bienes», en *R.D.P.*, noviembre, 1962, pp. 1058 y ss.; COSSIO Y CORRAL, A.: «Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas», en *R.D.P.*, enero, 1953, pp. 1 y ss.; y, PUIG PEÑA, F.: «Cesión de bienes», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. IV, Edit. Seix, Barcelona, 1952, pp. 57 y ss.

(19) De igual modo, la *amministrazione giudiziaria* italiana tiene este carácter subsidiario, pues el art. 591 *CPC* la configura como una medida sustitutiva y eventual de la segunda subasta. Al respecto, *vid.* PROVINCIALI, R.: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», *ob. cit.*, p. 224.

Sin embargo, este rasgo definidor debe matizarse, pues, como hemos indicado, existe la posibilidad de solicitar la administración en pago provisionalmente con anterioridad a la primera subasta, para cuando la ejecución se haya dirigido contra bienes especialmente hipotecados y haya pacto contractual que legitime al acreedor a encargarse de la administración, así como de la posesión de los mismos, en tanto se verifica la venta (art. 1.530 LEC). Esta eventualidad se recoge positivamente en la normativa del procedimiento judicial sumario para bienes hipotecados, en el art. 131.6.º LH, y análogamente para el procedimiento judicial sumario referente a la hipoteca mobiliaria, en el art. 84.III de la Ley de Hipoteca Mobiliaria (LHM). A nuestro entender, estos supuestos constituyen verdaderas administraciones forzosas o medios de realización de bienes, pues el acreedor puede que se vea, antes de verificarse la venta, satisfecho en su crédito, intereses y costas, con los productos del bien administrado.

Siguiendo el modelo alemán de *Zwangsvverwaltung*, en la que se permite al acreedor ejecutante optar entre la venta del bien en pública subasta y la administración forzosa, o incluso solicitarlos conjuntamente (20), entendemos que en aras a potenciar la virtualidad práctica de la institución objeto de estudio, de *lege ferenda* sería conveniente que ambos medios de realización de bienes fuesen colocados en el mismo plano, e incluso permitir la solicitud de la administración forzosa durante toda la ejecución pues, al margen de que con ello puede avanzarse la satisfacción parcial del crédito al acreedor, de mostrarse fructífera la administración puede suceder que, al llegar el momento de la subasta, el ejecutante prefiera evitarla, por el peligro de malbaratarse los bienes ejecutados, y seguir en su administración.

3. *La presunta restricción de su elemento objetivo.* Si bien el art. 1.521 LEC prevé la administración forzosa sólo respecto a las *fincas embargadas* (rústicas o urbanas) (21), a nuestro entender, no debe realizarse una lectura literal del citado precepto, y extenderse tal opción a toda clase de bienes afectados susceptibles de administración y aptos para producir frutos o rentas (22), esto es, que sean productivos. Al respecto, podemos formular distintos razonamientos postuladores de la tesis aquí defendida:

— la necesaria adecuación de la normativa decimonónica de la LEC a las transformaciones constantes y vivas de la realidad económi-

(20) Cfr: el párrafo segundo del § 866 ZPO.

(21) Similar formulación legal se prevé para la *Zwangsvverwaltung* alemana (§ 866 ZPO), y para la *amministrazione giudiziaria* italiana (art. 592 CPC).

(22) De este modo, REYES MONTERREAL, J. M.: «El llamado juicio ejecutivo en la L.E.C. Española», 2.ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1963, p. 221; GUASP DELGADO, J.: «Derecho Procesal Civil», 3.ª ed., *ob. cit.*, p. 468; FENECH NAVARRO, M.: «Derecho Procesal Civil», Edit. AGESA, Madrid, 1980, p. 498; y, MONTERO AROCA, J. (en AA.VV): «Derecho Jurisdiccional», T. II, vol. II, 3.ª ed., *ob. cit.*, p. 165.

ca, con objeto de dar a esta institución una mayor virtualidad y eficacia (23). Lo cierto es que, como apunta algún autor (24), las constantes evoluciones socio-económicas de este siglo han desplazado el peso patrimonial de los valores rústicos y urbanos hacia los valores industriales, por lo que la aceptación de la tesis aquí defendida supone extender el ámbito objetivo de la administración forzosa hasta convertirla en un medio ordinario de realización (25). De este modo, la administración resulta un instrumento idóneo de realización de otros tipos de bienes. Piénsese, por ejemplo, en aquellos bienes sobre los que no es posible proceder inmediatamente a su venta por existir una prohibición legal, judicial o administrativa de disponer; o, en aquellos supuestos en los que leyes especiales prevén la administración forzosa como medio específico de realización (así, el art. 89 del Real Decreto 1.211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (26), para cuando se embargue una concesión de servicios públicos regulares permanentes de transporte de viajeros por carretera);

— la armonización de distintos preceptos de la propia LEC. La Ley 34/1984 de 6 de agosto, reformadora de la LEC, introdujo en el listado de bienes embargables una importante novedad: los establecimientos mercantiles e industriales (art. 1.447.10 LEC), es decir, las empresas en funcionamiento (27). Parece lógico pensar que este tipo de bienes pueda ser sometido a esta modalidad de realización por adecuarse, en gran medida, a la finalidad que se persigue con la administración forzosa. Así, hay que lamentar la actitud del legislador urgente al desaprovechar la gran oportunidad que ofreció la citada Ley de Reforma Procesal para modificar la normativa del procedimiento de apremio (28);

— la interpretación teleológica de la LEC en materia de realización de bienes. Nuestra LEC con la administración forzosa pretende

(23) En esta línea, FENECH NAVARRO, M.: «Derecho Procesal Civil», *ob. cit.*, p. 498; y, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. «Derecho Procesal Civil», T. III, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 1990, p. 219.

(24) Así, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.: «Derecho Procesal Civil», T. III, *ob. cit.*, p. 219, nota 7.

(25) Por otro lado, no podemos olvidar que de acuerdo al art. 3 Código Civil (CC), constituye un criterio básico de interpretación de las normas jurídicas «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas».

(26) Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 241/1990, de 8 de octubre.

(27) Acerca del alcance que cabe dar a los términos utilizados en el art. 1.447.10 LEC, *vid.* las opiniones contrapuestas de CACHÓN CADENAS, M. J.: «El embargo», *ob. cit.*, pp. 501 y ss.; y, LORCA NAVARRETE, A. M.<sup>a</sup>: «En torno al embargo del establecimiento mercantil», en *La Ley*, 1985, pp. 1175 y ss.

(28) En el mismo sentido, FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, p. 323, nota 910 *in fine*.

otorgar al acreedor ejecutante la posesión de los bienes embargados para que con sus productos satisfaga su crédito. En consecuencia, si con otros tipos de bienes, no relacionados en la LEC, puede alcanzarse dicha finalidad, no existe razón alguna que justifique la inadmisión de la administración forzosa en dichos supuestos (29); y

— el no existir una prohibición expresa (30). Al faltar en nuestro código procesal una norma en la que expresamente se excluya la eventual aplicación de la regulación de la administración forzosa a otro tipo de bienes, entendemos que ello puede tener lugar por vía analógica.

En conclusión, si bien *a priori*, a tenor de una lectura literal de la LEC podría entenderse que la administración forzosa se refiere exclusivamente a fincas rústicas y urbanas, la lectura teleológica, sistemática y lógica de la misma, permite que puedan ser objeto de esta modalidad de ejecución todos aquellos bienes o derechos susceptibles de ser productivos.

4. *Se trata de un pago pro solvendo y no pro soluto*. La entrega del bien embargado al acreedor ejecutante se efectúa para que con los productos del mismo se satisfaga su crédito. La constitución de la administración forzosa supone un cambio no en la titularidad del dominio, sino en la posesión del bien mismo, del que se desapodera al deudor para transmitirlo al acreedor (31). No sucede lo mismo respecto a los frutos o productos del bien, pues su percepción es título suficiente de propiedad a favor del acreedor.

En este punto, se hace necesario efectuar una serie de puntualizaciones referentes a supuestos en los que dicha traslación de la posesión se limita o incluso no se lleva a cabo. Ello se produce cuando existen sobre el bien embargado gravámenes preferentes. Así:

a) si la finca está en arrendamiento, en censo, o foro, la administración se reduce al derecho a percibir las rentas correspondientes, sin modificación en la posesión fáctica del bien (32);

(29) Máxime si el propio art. 3 CC recoge como criterio básico de interpretación de las normas jurídicas, el atender «fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

(30) Así, FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, p. 323.

(31) De igual modo, el art. 592 CPC italiano prevé la entrega de la finca sometida a *amministrazione giudiziaria* al acreedor, si bien puede ofrecerse la posesión del bien al deudor, en el supuesto de mediar consenso unánime de los acreedores. Diferente tratamiento jurídico merece la *Zwangsvverwaltung* alemana, pues la administración de la finca no es atribuida ni al acreedor ni al deudor, sino a un tercero designado por el Tribunal (§ 150.I ZVG), que actúa a modo de curador, si bien para el supuesto de fincas destinadas a explotaciones de tipo agrícola o forestal, puede nombrarse administrador al deudor y con él un interventor, bajo cuya supervisión gestiona la finca (§§ 13.I y II y 14 del Decreto presidencial de 8 de diciembre de 1931).

(32) Así, expresamente, para la *Zwangsvverwaltung* alemana se pronuncia el § 148.I ZVG, según el cual, la administración forzosa alcanza los arrendamientos constituidos sobre la finca, atribuyéndose al administrador el derecho a percibir su pago. En doctrina, *cfr.* ARENS, P.; y LÜKE, W.: «Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. Zwangsvollstreckung», *ob. cit.*, p. 470; o, BLOMEYER, K.: «Zwangsvollstreckung», *ob. cit.*, p. 149.

b) si la finca está en posesión de tercero a título de uso o habitación, el administrador tendrá derecho, únicamente, a una administración parcial si este tercero no aprovecha todos los frutos (en el caso del «uso») o no ocupa todas las habitaciones (en el caso de la «habitación»);

c) si la finca está sometida a usufructo, la administración no es posible mientras dicho derecho real subsista;

d) si la finca se encuentra dada en aparcería, la administración se limita al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones propias del cedente, repartiéndose el producto por partes alcuotas el administrador ejecutante y el aparcerero en proporción a las respectivas aportaciones de este último y del propietario ejecutado, según el art. 102 de la Ley 83/1980 de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos; y,

e) por último, indicar que si sobre la finca recaen varias administraciones forzosas, la efectividad de las mismas, entendemos con FRANCO ARIAS (33), debe tener lugar según el grado de preferencia de los respectivos embargos, atendiendo fundamentalmente para determinar la preferencia a la fecha de la anotación del embargo del bien a administrar (34).

Con referencia a los derechos reales existentes sobre el bien embargado, debemos destacar que se mantienen los distintos de la pura posesión. De este modo, tanto las cargas anteriores o preferentes, como posteriores o no preferentes, subsisten con su misma extensión: respecto a las primeras, el acreedor ejecutante, como administrador, debe atender a su satisfacción y pago con los productos de la administración, pues, de no hacerlo queda abierta la posibilidad de ejercitar las acciones (declarativas o ejecutivas) contra el bien administrado; y con referencia a las segundas, la eficacia de su ejecución se pospone a la extinción de la administración (35).

---

(33) FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, p. 327 (especial atención a la nota 924). Igual regla se sigue para la administración provisional o interina de bienes especialmente hipotecados, pues de confluir varias administraciones, y de acuerdo a la regla 6.<sup>a</sup> del art. 131 LH, la efectividad de las mismas se subordina al grado de prelación de las respectivas hipotecas (*cf.* ROCA SASTRE, R. M.: «Derecho Hipotecario», T. IV, 2.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, p. 1129).

(34) En opinión de TOMÉ PAULE, para una futura modificación legislativa del procedimiento de apremio, si la administración es solicitada por más de un acreedor ejecutante, la preferencia para llevarla a efecto recae en aquél que antes haya logrado el auto de administración, y si son de la misma fecha, el primero que haya obtenido la entrega de los bienes TOMÉ PAULE, J.: «La subasta judicial», tesis doctoral inédita, Madrid-Zaragoza, 1974, pp. 314 y 315 [opinión recogida por FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, pág. 327, nota 924)].

(35) En este sentido. MONTERO AROCA, J. (en AAVV): «Derecho Jurisdiccional», T. II, vol. II, 3.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, p. 167. Sin embargo, GUASP DELGADO no realiza tal distinción de cargas en cuanto a su eventual ejecución, lo que da atender que la postergación de la ejecución de las citadas cargas hasta la extinción de la administración se produce independientemente de que éstas sean anteriores o preferentes, o posteriores o no preferentes (GUASP DELGADO, J.: «Derecho Procesal Civil», 3.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, p. 471). De igual modo, así expresamente se pronuncian, con referencia a la anticresis, CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Derecho Civil Español Común y Foral», T. II, vol. II, 11.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, pp. 526 y 527; y, GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T. XXIII, *ob. cit.*, pp. 549 y 550.



5. *Su incompatibilidad con la administración cautelar o judicial.* Al constituirse la administración forzosa —indica el art. 1.505.II LEC— debe cesar la administración judicial que se hubiere constituido con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.450 LEC. Ambas administraciones, la judicial y la forzosa, son incompatibles pues, como observa FRANCO ARIAS, recaen sobre el mismo objeto, esto es, el elemento patrimonial del deudor sometido a realización. Pese a esta identidad objetiva, son múltiples las diferencias existentes entre ellas. Así:

— por el momento procesal en el que tienen lugar, naturaleza jurídica y finalidad. La administración judicial es una forma de garantizar, en la fase del embargo, la afección de determinados bienes (frutos y rentas) a las resultas de una posterior ejecución, es decir, tiene una naturaleza cautelar. Con ella, precisamente, se pretende asegurar que tales bienes no se sustraigan durante la sustanciación del proceso de ejecución. Sin embargo, la administración forzosa tiene lugar durante el procedimiento de apremio y es una forma de realización o ejecución de bienes, por lo que su naturaleza ejecutiva es indiscutible. Su finalidad no es ya conservar bienes para una futura ejecución, sino obtener, con su gestión, un producto con el que satisfacer el crédito del ejecutante;

— por el destino de los productos. En la administración judicial los frutos del bien gestionado son entregados al Juzgado, quedando afectados a la ejecución. En la forzosa, tales frutos los adquiere directamente el ejecutante;

— por la persona del administrador. Este en la administración judicial es un tercero designado por el acreedor y nombrado por el Juez (36), y sólo puede ser una persona física, pues sólo ésta tiene capacidad, y puede cumplir las obligaciones que la Ley impone al administrador, así como asumir las responsabilidades —incluso criminales— que conlleva su nombramiento (37). En la administración forzosa el administrador es el propio ejecutante (38), pudiendo ser éste tanto una persona física como jurídica (39);

— por la función y remuneración del administrador. En la administración judicial, es un auxiliar o colaborador del Juez, y en consecuencia, actúa como los demás auxiliares del órgano jurisdiccional, con potestad delegada, esto es, actúa como mero mandatario o apoderado

(36) Arts. 1.450I LEC y 3 del Decreto-Ley 18/1969, de 20 de octubre, por el que se regula la administración judicial en el embargo de empresas.

(37) En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.: «Derecho Procesal Civil», T. III, *ob. cit.*, p. 327.

(38) Art. 1.521 LEC.

(39) De este modo, *vid.* FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, p. 326.

del Juez que lo nombra (40). Precisamente, debido al carácter auxiliar del administrador, éste tiene derecho a percibir una remuneración por la función que desempeña (41). En la administración forzosa, el administrador no es auxiliar de nadie, a pesar de que para llevar a cabo determinadas actuaciones sobre los bienes embargados necesite, como tendremos ocasión de analizar, autorización judicial. Su gestión no es retribuida, debiéndose imputar el producto derivado de esta administración al resarcimiento sólo de su crédito, intereses, y costas;

— por la prestación de fianza. El administrador —en la administración judicial— debe prestar fianza si el Juez así lo acuerda a petición del sujeto pasivo de la medida cautelar (42). Sin embargo, el acreedor ejecutante —en la administración forzosa— no debe prestar ningún tipo de fianza.

No obstante la incompatibilidad de administraciones y sus notables diferencias, ello no es óbice para que la normativa de la administración judicial pueda ser aplicable, supletoriamente, a la forzosa (43).

6. *Su provisionalidad.* La administración forzosa tiene un carácter provisional, finalizando cuando el acreedor ejecutante se resarce de su crédito, intereses, y, costas, con el producto de los bienes sometidos a administración. Así, el art. 1.527 LEC proclama que tales bienes volverán de nuevo a la posesión del deudor ejecutado una vez el ejecutante haya visto satisfecho su crédito.

### 3. PROCEDIMIENTO PARA SU ADOPCIÓN

El momento procesal oportuno para solicitar la administración forzosa tiene lugar —de acuerdo al art. 1.505.I LEC— después de quedar desierta la segunda subasta.

Sin embargo, en la hipótesis prevista en el art. 1.530 LEC, la administración puede instarse con anterioridad al procedimiento de apremio. Este precepto faculta al acreedor ejecutante para solicitar y obtener, en cualquier momento (44), la posesión de los bienes embargados cuando la ejecución se dirija contra bienes especialmente hipotecados y fuere pacto

---

(40) Así, STS de 30 de junio de 1921, en *Jurisprudencia Civil*, T. 153, núm. 106, pp. 532 a 540. Al respecto, *vid.* CARRERAS LLANSANA, J.: «El embargo de bienes», *ob. cit.*, pp. 492 a 495.

(41) Arts. 1.033 LEC y 6 del citado Decreto-Ley 18/1969.

(42) De este modo, *vid.* los arts. 1.007 LEC y 6 del Decreto-Ley 18/1969.

(43) En este sentido, *vid.* STS 5 de junio de 1944 (Ar. 811). De igual modo, *cf.* el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.<sup>ª</sup>), de 9 de mayo de 1994 (en «Actualidad Civil [Audiencias]», n.º 21/1994, p. 2415).

(44) Incluso, como indica MANRESA Y NAVARRO, en este supuesto la solicitud de administración forzosa puede formularse ya inicialmente con la demanda (MANRESA Y NAVARRO, J. M.: «Comentarios ...», T. V, *ob. cit.*, p. 626).

expreso del contrato que el acreedor pueda encargarse de la administración de los mismos en tanto se verifica la venta (45). A nuestro entender, esta administración ejecutiva provisional o interina a pesar de no cumplir, en sentido estricto, todas las características de la administración forzosa (46), sí debe ser considerada como tal, es decir, como un medio de realización de bienes, pues el ejecutante que ejercita esta facultad puede que, con los productos del bien administrado, se vea satisfecho en su crédito, intereses y costas, antes de que se verifique la venta del bien en pública subasta, al ser de aplicación para dicha administración los arts. 1.521 y siguientes LEC, esto es, la normativa reguladora de la administración forzosa (art. 1.530 *in fine* LEC).

Una vez solicitada la administración forzosa, debe el órgano jurisdiccional pronunciarse razonadamente, esto es, en forma de auto (47), otorgándola o denegándola *inaudita parte debitoris*, tanto en el caso de la administración ejecutiva provisional porque así lo establece la ley, como en la prevista en el art. 1.505 LEC porque tampoco se exige (48).

Contra la resolución denegatoria procede recurso de reposición, que deberá interponerse dentro del tercer día desde su notificación (art. 380 LEC), y contra el auto que lo resuelve, recurso de apelación en ambos efectos. Si bien el régimen general de los recursos de apelación interpuestos durante el proceso de ejecución es el de su admisión en un solo efecto (arts. 949.I y 1.531.I LEC), con la consiguiente no suspensión

(45) Como tuvimos ocasión de destacar, la presente eventualidad se recoge positivamente en el art. 131.6.<sup>o</sup> LH con referencia al procedimiento judicial sumario para bienes hipotecados, y análogamente en el art. 84.III LHM respecto al procedimiento judicial sumario en materia de hipoteca mobiliaria.

(46) Así, destaca la inexistencia de la subsidiariedad.

(47) En este sentido, GUASP DELGADO, J.: «Derecho Procesal Civil», T. I, 3.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, p. 469, entiende que dicha resolución debe ser un auto; y, ROCA SASTRE, R. M.: «Derecho Hipotecario», T. IV, 2.<sup>o</sup>, 7.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, p. 1127, nota 5 (respecto a la administración provisional o interina de bienes especialmente hipotecados). De igual modo, en Italia, PROVINCIALI destaca que si bien el otorgamiento de la *amminstrazione giudiziaria* «costituisce un potere discrezionale devoluto al prudente arbitrio del giudice dell'esecuzione», en la resolución judicial debe expresamente «soppesare le ragioni di convenienza, da un lato, tra il procedere alla vendita sotto costo, essendosi esperiti gli incanti senza raggiungere il prezzo minimo voluto per legge e non ritenendosi opportuno procedere all'assegnazione, e, dall'altro, il differirla per un tempo piú o meno lungo, in attesa di piú favorevoli occasioni venali, nel termine massimo dalla legge consentiti. Potere che implica una sottile e delicata valutazione dei vantaggi d'un miglior realizzo differito in confronto di un realizzo minore ma inmediato, in considerazione di una quantita di elementi; facilita o meno della gestione, gettioto presumibile delle rendite, ...» (PROVINCIALI, R.: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», *ob. cit.*, p. 223). De igual modo, *vid.* BONSIGNORI, A.: «L'esecuzione forzata», 2.<sup>a</sup> ed., Edit. Giappicheli, Torino, 1991, p. 268.

(48) Al respecto, con referencia a la administración provisional o interina de la finca hipotecada, *cfr.* ROCA SASTRE, R. M.: «Derecho Hipotecario», T. IV, 2.<sup>o</sup>, 7.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, pp. 1127-1128.

de su tramitación, en nuestra opinión, al margen de entender que estamos ante uno de los supuestos excepcionales del art. 1.531.II LEC en los que se prevé el doble efecto del recurso de apelación, el perjuicio irreparable que se le puede causar al acreedor ejecutante de realizarse los bienes embargados en tercera subasta, sin sujeción a tipo alguno, es razón suficiente para sostener el mencionado doble efecto del recurso de apelación, máxime si tenemos en cuenta que dicha suspensión no perjudica, en ningún caso, al deudor ejecutado.

Si se concede la administración forzosa, ésta se lleva a cabo entregando los bienes al acreedor bajo inventario (art. 1.521 LEC). Ordinariamente, el Juez comisiona para la práctica del inventario al agente judicial, asistido del Secretario u Oficial habilitado. Este inventario judicial no requiere formalidad alguna, debiéndose documentar en los autos dentro de la correspondiente pieza separada de administración forzosa que oportunamente se habrá formado. De igual modo, con objeto de lograr la mayor publicidad posible a esta administración forzosa sería conveniente permitirse su acceso a los registros públicos correspondientes (49).

El acreedor y el deudor pueden establecer, por medio de acuerdos privados, las condiciones con que el primero debe administrar los bienes embargados y la forma y época en que ha de rendir cuentas de sus productos (art. 1.522 I LEC). Estos acuerdos deben constar en los autos, y no pueden exceder los límites del principio de la autonomía contractual del art. 1.255 CC, esto es, la ley, la moral, y el orden público. Sobre tales acuerdos se ciñen además dos límites: no pueden contener una exoneración absoluta de la obligación legal de rendir cuentas para el administrador (50); y, no pueden facultar al ejecutante para que ceda la oficial administración a un tercero, quedando relevado del cumplimiento de las obligaciones propias del cargo (51). Sin embargo, entendemos que bajo control jurisdiccional, no existe obstáculo alguno para que la administración se realice materialmente por un tercero (52), siendo deseable que de *lege ferenda* se permitiera la posibilidad de que terceros profesionales se encargasen, bajo la fiscalización judicial, de la gestión y administración de los bienes sometidos a administración forzosa (53).

---

(49) Así sucede en la *Zwangsvollstreckung* alemana (cfr. BLOMEYER, K.: «Zwangsvollstreckung», *ob. cit.*, p. 148).

(50) En esta línea, ALVAREZ-CAPEROCHEPI, en materia de anticresis, destaca que «en el derecho moderno la obligación de rendición de cuentas es de orden público en todo supuesto de administración de cosa ajena, y no puede ser renunciada» (ALVAREZ-CAPEROCHEPI, J. A.: «Curso de Derechos Reales», T. II, *ob. cit.*, p. 219).

(51) En este sentido, REYES MONTERREAL, J. M.: «El llamado juicio ejecutivo ...», *ob. cit.*, p. 218; y, FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, p. 328.

(52) Así se pronuncia REYES MONTERREAL, J. M.: «El llamado juicio ejecutivo ...», *ob. cit.*, p. 218.

(53) De este modo, cfr. PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L.: «Tratado de Derecho Procesal Civil», T. II, Edit. Aranzadi. Pamplona, 1982, p. 787.

En ausencia de convenio, debe recurrirse, como régimen supletorio, al consuetudinario (art. 1.522 II LEC). La doctrina es unánime en la crítica a esta opción legislativa (54), y ello no sólo por la dificultad de determinar los criterios de administración que fija «la costumbre del país», sino porque en caso de que ésta exista, lo más probable es que sea del todo insuficiente para resolver muchos de los problemas que se plantean en la administración forzosa (55). A nuestro entender, para subsanar este defecto, debería acudirse a otros criterios, tales como la administración del bien en la forma que de el rendimiento para el cual está destinado, o al criterio de la mayor productividad del bien, siempre bajo control judicial (56). Para evitar en la medida de lo posible este inconveniente sería oportuno que de *lege ferenda* el acreedor, al solicitar la administración forzosa, formulase por escrito las condiciones en las que pretende desarrollarla, con objeto de que el juez ejecutor, tras dar vista del mismo al deudor ejecutado, fijase las reglas de la administración, aceptando los acuerdos de las partes que considerase admisibles y decidiendo respecto a los puntos en que no hubiese conformidad (57).

En cualquier caso, el Juez, *ex officio* o a instancia de parte, puede reprobado y modificar cualquier abuso que advierta en la administración, adoptando cuantas medidas considere oportunas (58); sin perjuicio de que el administrador, de extralimitarse en sus derechos o incumplir sus obligaciones, en el alcance y medida que seguidamente analizaremos, pueda incurrir en responsabilidad civil e incluso penal (59).

(54) Al respecto, *vid.* CARRERAS LIANSANA, J.: «El embargo de bienes», *ob. cit.*, p. 498; FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, p. 328; y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.: «Derecho Procesal Civil», T. III, *ob. cit.*, p. 219.

(55) En este sentido, FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, p. 328.

(56) Así, en Alemania, BLOMEYER destaca la necesidad de explotar el bien sometido a administración de igual modo a como el deudor tenía destinada la finca, o a utilizarla en la forma que sea más productiva (BLOMEYER, K.: «Zwangsvollstreckung», *ob. cit.*, pp. 149-150).

(57) En este sentido, TOMÉ PAULE, J.: «Entresijos y defectos del derecho de ejecución», en *El sistema de recursos. Perfeccionamiento del derecho de ejecución singular. X Reunión de Profesores de Derecho Procesal de Universidades Españolas*. Santiago de Compostela, 1977, p. 124.

(58) Ello se prevé en el art. 1.233 LEC en materia de concurso de acreedores. De igual modo, en la *Zwangsvollstreckung* alemana, el § 153.1 ZVG faculta al Tribunal para establecer las instrucciones u órdenes que estime convenientes al administrador, en orden al mejor aprovechamiento de la administración forzosa.

(59) Así, el administrador responderá civilmente por aquella acción u omisión que cause daño a los bienes que administra, interviniendo culpa o negligencia (art. 1.902 CC). En cuanto a la carga de la prueba de la existencia de dicha acción u omisión culposa, la STS 5 de junio de 1944 (Ar. 811), se la impone al reclamante.

Respecto a la eventual responsabilidad penal del acreedor ejecutante, destacar que podrá incurrir en un delito de desobediencia (art. 237 del Código Penal [CP]) cuando en el ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de sus facultades desoye, reiteradamente, las órdenes legítimas del órgano jurisdiccional (en tal sentido, *vid.* la STS 30 de diciembre de 1950); o en una falta de la misma clase si deja de cumplir levemente tales órdenes judiciales (art. 570.1 CP); o en un delito de malversación de caudales públicos (art. 399 CP) cuando incumpla su deber de conservar y devolver los bienes; o bien en un concurso de delitos con el alzamiento de bienes y la apropiación indebida, al ser todos ellos de naturaleza diferente.

Para concluir el aspecto referente a la constitución de la administración forzosa, debemos destacar que todas las cuestiones que puedan surgir entre el ejecutante y el ejecutado, con motivo de la administración de las fincas embargadas, se sustancian por los trámites establecidos para los incidentes (art. 1.526 LEC) (60). Sin duda alguna, es ésta otra desafortunada previsión normativa debido al riesgo que comporta su utilización fraudulenta, esto es, con ánimo dilatorio (61). A nuestro entender, sería suficiente una comparecencia de las partes ante el juez para ventilar las eventuales cuestiones problemáticas que puedan suscitarse durante el desarrollo de la administración (62).

#### 4. EFECTOS: DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ACREEDOR EJECUTANTE (ADMINISTRADOR) Y DEUDOR EJECUTADO

De la normativa reguladora de la administración forzosa resulta difícil sistematizar cuáles son los derechos y obligaciones del acreedor ejecutante (administrador), y del deudor ejecutado. No obstante, del estudio doctrinal y jurisprudencial, así como de la escasa normativa que al respecto existe, incluyéndose la referente a la anticresis y a las administraciones judicial y del *abintestato*, cuya aplicación analógica en determinados supuestos es posible debido a la similitud entre estas instituciones, podemos extraer los siguientes derechos y obligaciones del:

##### A. ACREEDOR EJECUTANTE

###### I. Derechos:

— A que se le de a conocer como administrador a las personas que designe, como por ejemplo, a los arrendatarios de la finca administrada

---

(60) A excepción de la rendición de cuentas que posee el trámite específico de los arts. 1.523 y ss. LEC, y que será objeto de análisis al hilo del estudio de las obligaciones del acreedor ejecutante.

(61) En este sentido, FRANCO ARIAS califica esta solución como «excesivamente compleja» y «dilatadora» (FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, p. 329).

(62) Sobre este particular, FRANCO ARIAS sustenta la presente tesis con base en la aplicación analógica de los arts. 1.524 y 1.525 de la LEC, referentes a la forma de resolución de las cuestiones que pueden plantearse en la rendición de cuentas (FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, p. 329). De igual modo, *vid.* TOMÉ PAULÉ, J.: «Entresijos y defectos del derecho de ejecución», *ob. cit.*, p. 124.

(art. 1.521 LEC) (63). En el supuesto de existir un anterior administrador, se le requerirá para que ponga fin a su gestión y presente una cuenta definitiva (64), debiéndose dejar constancia de la misma en la pieza separada de administración que en su momento se formó:

— A la *traditio* o entrega del bien en administración [su posesión, que no su propiedad (65), y con las limitaciones que al respecto de la posesión se han analizado anteriormente (66)], de acuerdo al art. 1.521 LEC;

— A recoger y hacer suyos los productos del bien, y recaudar las rentas (art. 1.505.I LEC);

— A realizar los pactos que crea conveniente con el deudor ejecutado sobre el modo de practicar la administración (art. 1.522.I LEC). En el supuesto de no llegarse a dichos pactos, tendrá derecho a realizar la administración según la costumbre del lugar (art. 1.522.II LEC);

— A solicitar y obtener, por la vía incidental, la aprobación judicial de un proyecto de administración del bien que complete lo previsto por la «costumbre del país» (art. 1.526 LEC); (67)

— A representar y defender, en cualquier momento y situación, los bienes por él administrados. Para facilitar el ejercicio de este derecho, puede solicitar al Juez un testimonio, en el que conste su nombramiento y que se halla en posesión del cargo para que pueda acreditar su representación, así como para poder comparecer en juicio, como demandante o demandado, defendiendo los intereses de los bienes

(63) De igual modo, para la *Zwangsvverwaltung* alemana, el § 146.II ZVG establece que se hará conocer la orden de la administración forzosa a los interesados. Incluso, como observa BLOMEYER, se prevé la inscripción de esta administración en el correspondiente asiento registral de la finca sobre la cual recae, con el fin de informar públicamente sobre la peculiar situación en la que ésta se encuentra (*cf.* BLOMEYER, K.: «Zwangsvollstreckung», *ob. cit.*, p. 148).

(64) Así, REYES MONTERREAL, J. M.: «El llamado juicio ejecutivo ...», *ob. cit.*, p. 221.

(65) A nuestro entender, en aplicación del art. 1.844 CC, es nulo el pacto en virtud del cual se atribuya al acreedor la propiedad del bien entregado en el supuesto de falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. En esta línea, se pronuncia GUASP DELGADO, J.: «Derecho Procesal Civil», T. II, 3.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, p. 470.

(66) Al respecto, *vid.* el punto cuarto del epígrafe segundo.

(67) En opinión de FRANCO ARIAS, para evitar dilaciones, lo más conveniente sería que el Juez se pronunciara directamente sobre tal proyecto, aprobándolo o estableciendo las modificaciones precisas, oyendo antes al ejecutado, quedando a las partes la vía del recurso si no consideran acertada la decisión judicial (FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, p. 329).

administrados (68), (69). En especial cabe destacar, dentro de las defensas inherentes a la posesión, las acciones interdictales (70);

— A abrir cuentas corrientes en una entidad financiera, a fin de poder ingresar o retirar los fondos necesarios para el cuidado de la administración (así, por ejemplo, para atender el pago de las nóminas de los empleados, o pagar la compra de todo lo necesario para asegurar la producción del bien administrado) (71);

— A efectuar actos de administración referentes a la posesión del bien. Así, *ad exemplum*, proceder a su arrendamiento (72), (73). Uno de los supuestos con mayor relevancia —como apunta LACRUZ BERDEJO (74) refiriéndose a la anticresis— lo constituye el arrendamiento al propio deudor ejecutado, quien ocupará el bien a título de in-

(68) De este modo, expresamente, *vid.* el art. 2.º del Decreto-Ley 18/1969, sobre administración judicial en el embargo de empresas; y el art. 1.008 LEC regulador de la administración del *abintestato*.

En la línea aquí apuntada, *vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª), en *Revista General del Derecho*, núm. 558, marzo, 1991, pp. 1706 a 1708.

(69) De igual modo, las doctrinas italiana y alemana atribuyen esta legitimación procesal, activa y pasiva, al administrador, si bien limitado a los actos derivados o inherentes a la administración. Así, respecto a la primera, *vid.* PROVINCIALI, R.: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», *ob. cit.*, p. 239; o BONGIORNO, G.: «Espropriazione immobiliare», *ob. cit.*, p. 66; y, con referencia a la *Zwangsvollstreckung* alemana, *cfr.* BLOMEYER, K.: «Zwangsvollstreckung», *ob. cit.*, pp. 149-150.

(70) En el mismo sentido, SOLCHAGA LOITEGUI, J.: «El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles», Edit. Aranzadi, Pamplona, 1986, p. 178. Con referencia al administrador judicial, *vid.* CARRERAS LLANSANA, J.: «El embargo de bienes», *ob. cit.*, p. 510; y, respecto a la anticresis, de igual modo se pronuncian ALBADALEJO, M.: «Derecho Civil», T. III, vol. II, *ob. cit.*, p. 268; y, GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T. XXVIII, *ob. cit.*, pp. 530 y 549.

(71) En este sentido, respecto a la administración cautelar de bienes en el proceso penal, *vid.* SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A.: «La administración de bienes en el proceso penal», tesis doctoral (inérita), pp. 246 y ss. (opinión recogida por FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, p. 329, nota 932).

(72) El presente derecho se prevé, expresamente, para el administrador *abintestato* en el art. 1.021 LEC.

(73) Así, *vid.* CARRERAS LLANSANA, J.: «El embargo de bienes», *ob. cit.*, p. 504; o, SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A.: «La administración de bienes ...», *ob. cit.*, p. 246. De igual modo, en relación a la anticresis, *vid.* BATLLE VÁZQUEZ, M.: «Anticresis», *ob. cit.*, p. 701; y, LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Derechos reales», vol. II, 2.ª ed., *ob. cit.*, p. 399. En sentido contrario, parece pronunciarse GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T. XXVIII, *ob. cit.*, p. 537. Igualmente, en la línea de atribuir el presente derecho al administrador, previa autorización judicial, se pronuncia la doctrina italiana respecto a la *amministrazione giudiziaria* (en este sentido, *vid.* PROVINCIALI, R.: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», *ob. cit.*, p. 239; ANDRIOU, V.: «Commento al Codice di Procedura Civile», vol. III, 3.ª ed., *ob. cit.*, p. 281; o, SAIJA, S. [con C. PUNZI]: «Diritto Processuale Civile», 11.ª ed., Edit. CEDAM, Padova, 1992, pp. 760-761).

(74) LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Derechos reales», vol. II, 2.ª ed., *ob. cit.*, p. 399.



quilino y no de dueño, a cambio de la renta arrendaticia al acreedor. A nuestro entender, debido a la provisionalidad de la administración forzosa, cualquier arrendamiento que pueda constituirse debe ser siempre de duración limitada, extendiéndose temporalmente como máximo hasta la fecha prevista para el mantenimiento de la administración forzosa. Con objeto de controlar el cumplimiento de esta exigencia entendemos que será necesaria autorización judicial para la válida realización de tales actos (75).

— A enajenar todos o algunos de los bienes semovientes (y, excepcionalmente, algún inmueble si la administración forzosa se refiere a un establecimiento mercantil o industrial), y practicar sobre los mismos los actos dispositivos que fueran necesarios para la administración (pensemos, por ejemplo, en la eventualidad de tener que afrontar el pago de deudas o cubrir otras atenciones de la administración) (76), siempre y en todo caso previa autorización judicial motivada (77);

— A vender los frutos o productos cuando puedan deteriorarse, sean de difícil y costosa conservación, o se presenten circunstancias que se estimen ventajosas (78). En este punto, no debemos olvidar que en la administración forzosa de una empresa es normal, dentro de la actividad propia del tráfico mercantil en la que se encuentra inmersa, el continuo intercambio de productos, por lo que parece razonable que el acreedor pueda disponer, como actos de gestión empresarial, de los productos de la empresa;

---

(75) En este sentido, *vid.* la doctrina italiana citada en la nota 77.

(76) Así, esta eventualidad se prevé, expresamente, en los arts. 2 y 4 del Decreto-Ley 18/1969, de 20 de octubre, para la administración judicial de empresas embargadas.

(77) No debemos olvidar que esta enajenación de los bienes sometidos a administración forzosa afecta al derecho de propiedad que el ejecutado goza sobre los mismos pues, como hemos analizado, ésta sólo alcanza a la posesión material del bien, esto es, a su administración y disfrute. En consecuencia, entendemos que al verse directamente afectado el derecho a la propiedad del ejecutado, se hace necesaria la oportuna autorización judicial que habilite cualquier acto de disposición. De igual modo, con referencia a la *amministrazione giudiziaria* italiana, en la que tampoco se exige *ex lege* esta autorización judicial, se manifiestan PROVINCIALI, quien señala que el administrador, para realizar actos que excedan de la administración ordinaria, «abbisognera di particolare autorizzazione per qualunque atto eccedente tali confini» (PROVINCIALI, R.: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», *ob. cit.*, p. 238); y SATTÀ, para quien «l'amministratore debba essere autorizzato dal giudice tutte le volte che la sua attività comporti una modificazione rispetto alla situazione giuridica ed economica del bene» (SATTÀ, S. [con C. PUNZI]: «Diritto Processuale Civile», 11.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, p. 761).

(78) Como observa GUASP DELGADO, la percepción de los productos del bien administrado es título suficiente de propiedad a favor del acreedor (GUASP DELGADO, J.: «Derecho Procesal Civil», T. I. 3.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, p. 471).

— A renunciar a la administración cuando lo crea conveniente, y pedir que el bien administrado se saque de nuevo a pública subasta por el precio que resulte, rebajado el 25% del avalúo (art. 1.529 LEC); y,

— A adjudicarse el bien administrado, si en la citada subasta no hubiese postor alguno dispuesto a pagar las dos terceras partes del citado precio, en lo que sea necesario para completar el pago, deducido lo que hubiese percibido a cuenta (art. 1.529 *in fine* LEC).

## II. Obligaciones:

— Administrar el bien según lo pactado, y en su ausencia de acuerdo al modo que de el rendimiento a que normalmente esté destinado (79). Consecuencia directa de la administración del bien, surge en el acreedor el deber de actuar con la diligencia de un buen padre de familia (arts. 1.094 y 1.104 CC), y el de indemnizar los eventuales daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de este deber (80);

— Mantener el bien en el estado en que le fue entregado, realizando los gastos necesarios para su conservación y reparación (81), (82), salvo pacto en contrario (83), deduciéndose de los frutos de la administración (84);

(79) Así, con referencia al ordenamiento jurídico alemán, *vid.* el § 152.1 ZVG, en virtud del cual se obliga al administrador a mantener la finca en el estado en que le fue entregada y a utilizarla en forma regular.

(80) En este sentido, respecto a la *amministrazione giudiziaria* italiana, *vid.* D'ONOFRIO, P.: «Commento al nuovo Codice di Procedura Civile», vol. II, *ob. cit.*, pp. 114-115; y, PROVINCIALI, R.: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», *ob. cit.*, p. 240. Incluso en Alemania, el art. 153.II ZVG facultad al Tribunal para imponer multas (de hasta 1000 marcos) al administrador.

(81) Ello expresamente se prevé tanto en la administración del abintestado (art. 1.016 LEC), como en la administración del concurso (art. 1.229 LEC).

(82) Dentro de los gastos necesarios, la doctrina considera tanto los ordinarios como los extraordinarios. En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, J. M.: «Comentarios al Código Civil Español», T. XII, 5.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, p. 562. De igual modo, con referencia a la anticresis, se pronuncian SANTAMARÍA, J.: «Comentarios al Código Civil», T. II, *ob. cit.*, p. 923; y, GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T. XXIII, *ob. cit.*, p. 541.

(83) Así, respecto a la anticresis *vid.* el art. 1.882.II CC.

(84) De igual modo, tanto en Italia como en Alemania, los gastos de la administración deben imputarse a las rentas o productos de la administración. Con referencia a Italia, *vid.* por todos, BONSIGNORI, A.: «Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato», Edit. Giuffrè, Milano, 1962, pp. 376 a 378; y respecto a Alemania, con base en los §§ 152.1 y 155.1 ZVG, se establece, igualmente, para el administrador la obligación de mantener la finca en el estado en que le fue entregada (§ 152.1 ZVG), así como el hecho de que los productos de la *Zwangsverwaltung* se aplicarán, en primer lugar, para cubrir los gastos de administración (§ 155.1 ZVG).

— Pagar las contribuciones, impuestos y cargas que pesen sobre la finca (85), salvo haberse pactado lo contrario, igualmente deduciéndose del producto de la administración (86), y con carácter previo al cobro de su crédito (87);

— Informar por escrito al Juez siempre que se presente una situación que pueda tener trascendencia para la administración (88);

— Solicitar autorización judicial para enajenar algún bien de la administración (89). En consecuencia, como observa PROVINCIALI (90), todos los actos de disposición que se realicen sin la necesaria habilitación judicial son inválidos, y pueden ser motivo suficiente de responsabilidad civil del administrador;

— Depositar las cantidades que se obtengan con la administración, en el establecimiento destinado al efecto, cuando se haya interpuesto una tercería de mejor derecho (art. 1.536 LEC) (91);

— Ejecutar personalmente la administración, no pudiéndola oficialmente ceder a un tercero. No obstante, ello no empece para que el acreedor, por vía de pactos con el ejecutado, pueda delegar la realización material de la administración a un tercero (92); y,

---

(85) De este modo, *vid.* MANRESA Y NAVARRO, J. M.: «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880». T. V. Edit. REUS, Madrid 1952-61, pp. 603 y 604; REYES MONTERREAL, J. M.: «El llamado juicio ejecutivo ...», *ob. cit.*, p. 216; y, respecto a la anticresis, GUILLARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales». T. XXIII, *ob. cit.*, pp. 540 y 541.

(86) Ello por la aplicación analógica del art. 1.882.III CC, el cual, refiriéndose a la anticresis, establece: «Se deducirán de los frutos las cantidades que emplee en uno y otro objeto [es decir, el pago de las contribuciones y demás cargas que pesen sobre la finca, y el abono de los gastos necesarios para su conservación y reparación]».

(87) En Alemania, expresamente se recoge esta obligación en el § 156 ZVG, según el cual, el administrador debe pagar los gastos periódicos por impuestos y cargas públicas que existan sobre la finca.

(88) En este sentido, SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A.: «La administración ...», *ob. cit.*, p. 246.

(89) Al respecto, *vid.* las reflexiones formuladas en la nota 77.

(90) PROVINCIALI, R.: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», *ob. cit.*, p. 239.

(91) Al respecto, *vid.* FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, p. 331.

(92) Así, CARRERAS LLANSANA, J.: «El embargo de bienes», *ob. cit.*, pp. 490 y ss.; y, REYES MONTERREAL, J. M.: «El llamado juicio ejecutivo ...», *ob. cit.*, p. 218.

— Rendir cuentas de los productos del bien administrado en el momento pactado; y, de no haberse convenido nada, al menos habrá de rendir cuentas anualmente (art. 1.522.II LEC) (93), (94), siendo inválido el pacto de no rendición de cuentas por contravenir a la ley.

Acerca del contenido y alcance de esta obligación es de destacar lo dispuesto en la STS de 12 de junio de 1957 (Ar. 2.519), según la cual, refiriéndose a las cuentas que debe rendir el administrador *abintestato* por imperativo del art. 1.012 LEC, éstas deben reflejar «todo lo que ha hecho, todo lo que ha pagado, y todo lo que ha recibido, las obligaciones que ha asumido frente a terceros y las que los terceros asumieron frente a él, debiendo resultar de la dación de cuentas, no sólo lo que ha dado o recibido, sino el índice de todas las operaciones: venta, compra, custodia, procedimientos judiciales incoados y resultado obtenido, créditos acordados o recibidos, dilaciones o plazos concedidos, etcétera, de modo que contengan la demostración de toda la actividad que ha desarrollado, para que pueda juzgarse si ha administrado como un buen padre de familia» (95).

De las cuentas presentadas por el ejecutante, que permiten conocer la parte de la suma que todavía le queda por percibir y la que ya se ha satisfecho, debe darse vista al ejecutado por término de quince días, para que alegue por escrito lo que estime oportuno. A su vez, debe entregarse al ejecutante una copia del escrito del deudor para que, en plazo de nueve días, manifieste su conformidad o disconformidad (art. 1523 LEC).

En el supuesto de que el ejecutante rehuse su deber de hacer tal rendición de cuentas, el Juez, de oficio o a instancia del ejecutado, puede realizar los apremios que crea necesarios para que lo haga, y en

(93) Acerca de esta obligación, tanto el art. 133 LH como el 84.3 LHM, la reducen a su mínima expresión en los respectivos procedimientos judiciales sumarios que en ellos se prevén, pues tal deber sólo surge al término de la administración.

(94) De igual modo, en Alemania, el administrador debe rendir cuentas anualmente (§ 154 ZVG). Sin embargo, este plazo se reduce en Italia, donde la presente obligación debe cumplirse trimestralmente, salvo modificación judicial *ex* § 593 CPC (sobre este particular, *vid.* las observaciones efectuadas por PROVINCIALI. R.: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», *ob. cit.*, pp. 241 a 243).

(95) Junto al escrito de rendición de cuentas, deben aportarse los documentos acreditativos de las operaciones que en él se reflejan. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete de 26 de octubre de 1988 (fundamento 2.<sup>o</sup>), en R.G.D. núm. 541-542, octubre-noviembre 1989, p. 7593, indica: «[...] por otro lado también ha de afirmarse la insuficiencia de las cuentas presentadas por su carencia de justificación ya que no basta para entregar cumplida la obligación de rendir cuentas la simple y escueta presentación de un documento liquidatorio, sin adjuntar los libros en que se realizaron los asientos contables o al menos copia de ellos y, sobre todo, sin aportar los justificantes de la realización de las operaciones de administración, pues de otra forma sería fácil lograr la coherencia contable de unas cuentas de las que se ignora absolutamente su concordancia con la realidad».

caso de reiterarse el ejecutante en su postura, el Juez puede ordenar la rendición de cuentas a través del nombramiento de peritos, que llevarán a cabo dicha función a costa del ejecutante.

Si el ejecutante no está de acuerdo con las objeciones formuladas por el ejecutado, el Juez debe convocar a ambos a juicio verbal en el plazo de tres días. En él tendrá lugar la admisión de las pruebas pertinentes que se propongan, fijándose para practicarlas el término que se estime prudencial, siempre que no exceda de diez días (96). Del resultado de las pruebas debe extenderse la correspondiente acta, uniéndose a los autos los documentos que hayan presentado las partes (art. 1.524 LEC).

Transcurrido el término de prueba, el art. 1.525 LEC ordena al Juez dictar sentencia en el plazo de cinco días. Contra esta sentencia —si-gue indicando el art. 1.525 LEC— procederá el recurso de apelación en ambos efectos.

— Rendir una cuenta general al finalizar la administración forzosa (art. 1.528 LEC) (97).

## B. DEUDOR EJECUTADO

### I. Derechos:

— A realizar los pactos que crea convenientes con el acreedor ejecutante sobre el modo de practicarse la administración (art. 1.522.I LEC);

— A pagar, en cualquier momento, la deuda al ejecutante o lo que reste de su deuda según el último estado de cuentas presentado por el ejecutante (art. 1.528 LEC);

— A gravar el bien embargado con las cargas que estime oportunas y que se refieran a la propiedad del mismo, que no a su posesión. Así sucede, por ejemplo, con la constitución de una hipoteca. Obviamente, la eficacia de la ejecución de tales cargas, como analizamos anteriormente, se pospondrá a la consumación de la administración forzosa (98);

---

(96) Corresponde a la parte que impugna las cuentas presentadas la carga de la prueba de sus afirmaciones. Así, con referencia a la carga de la prueba en el supuesto de impugnación de cuentas presentadas por el administrador de bienes dados en anticresis, *vid.* la citada sentencia de la Audiencia Territorial de Alabaete de 26 de octubre de 1988 (pp. 7593 y 7594); y respecto a la administración del *abintestato*, de este modo se manifiesta la STS de 27 de junio de 1907, en *Jurisprudencia Civil*, T. 107, núm. 131, 1908, pp. 876 a 885.

(97) De igual modo, respecto al ordenamiento jurídico alemán *vid.* el § 154 ZVG, y con referencia al italiano, el art. 593.II CPC.

(98) En este sentido, con referencia a la anticresis, *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Derecho Civil Español Común y Foral», T. II, 11.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, pp. 526 y 527; y, GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T. XXVIII, *ob. cit.*, pp. 549 y 550.

— A intervenir en las operaciones de recolección, por sí o por medio de apoderado, si la finca es rústica (art. 1.522.III LEC). Este derecho es de imposible ejercicio si dicha finca se encuentra bajo foro, censo o arrendamiento, ya que en estos casos lo que se perciben son rentas, así como si se está dada en usufructo;

— A instar e intervenir litisconsorcialmente en todos aquellos procesos en los que se discuta un interés relevante para la propiedad del bien sometido a administración (99);

— A que se le de vista de la cuenta presentada por el acreedor ejecutante en el plazo de quince días (art. 1.523 LEC);

— A formular las objeciones que estime convenientes sobre las cuentas presentadas por el ejecutante dentro del término de nueve días (art. 1.523 LEC); y, proponer las pruebas que crea necesarias para la defensa de sus intereses (art. 1.524.I LEC);

— A poner de manifiesto ante el órgano jurisdiccional la actuación abusiva que el ejecutante realice en la administración del bien embargado (art. 1.526 LEC); y,

— A que retornen a su poder los bienes entregados en administración cuando el ejecutante, con el producto de los mismos, se haya hecho pago de su crédito, intereses, y costas (art. 1.527 LEC).

## II. Obligaciones:

— Adecuar su actuación de acuerdo a lo pactado, o en su falta, a lo previsto por la costumbre del lugar (art. 1.522 LEC);

— Soportar, sin interferir ni molestar, la ejecución de la administración por el acreedor ejecutante (siempre que éste actúe dentro de los márgenes pactados, o en su defecto, los de la costumbre del lugar); y,

— No constituir derechos de goce sobre el bien embargado, pues ello supone disponer de su posesión, y ésta no le pertenece al deudor ejecutado sino al acreedor (100).

## 6. EXTINCION

La administración forzosa puede concluir por alguna de las siguientes razones:

---

(99) Al respecto, PROVINCIALI, R.: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione». *ob. cit.*, p. 239; y, ANDRIOLI, V.: «Commento al Codice di Procedura Civile», vol. III, 3.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, p. 282.

(100) Así, respecto a la anticresis, *vid.* ESPIN, D.: «Manual de Derecho Civil Español», vol. II, *ob. cit.*, p. 514.

1.º por el pago al ejecutante, con los productos y frutos del bien, de su crédito, intereses y costas, según se acredite en la cuenta final de gestión de la administración que debe presentar el acreedor, levantándose el embargo que existiere sobre el bien. En este caso, el bien y el eventual sobrante que existiere, volverá a poder del ejecutado (art. 1.527 LEC).

2.º por la venta del bien embargado en segunda subasta, si así expresamente lo solicita el ejecutante. Como tuvimos ocasión de analizar, es facultad del acreedor cesar en la administración cuando lo estime conveniente siempre que, como indica MANRESA Y NAVARRO, lo haga solicitando al órgano jurisdiccional que se saque de nuevo el bien a pública subasta (101).

De lo obtenido en ella, obviamente, debe deducirse lo percibido a cuenta durante la administración (art. 1.529 *in fine* LEC).

3.º por la adjudicación forzosa o en pago del bien embargado. Para ello es necesario que no haya postor alguno en la subasta pública celebrada a instancia del ejecutante. Al igual que en el caso anterior, de lo que se obtenga debe deducirse lo percibido a cuenta.

En el supuesto de quedar desierta esta segunda subasta, se plantea el dilema acerca de las posibles opciones que se le ofrecen al acreedor ejecutante. Distintas soluciones doctrinales surgen al respecto: algunos autores entienden que la única alternativa del ejecutante es la adjudicación del bien en pago, deduciéndose todo lo que hubiera percibido mientras duró la administración, y ello porque la Ley no prevé otra solución (102); otros, en cambio, permiten la celebración de una tercera subasta sin sujeción a tipo (103). A nuestro entender, obligar al ejecutante a adjudicarse el bien, con base en que nuestra LEC no recoge expresamente otra alternativa, no es un argumento definitivo pues, en todo caso, es posible realizar un razonamiento *a sensu contrario*, esto es, entender que la LEC al no prohibir dicha posibilidad, ésta existe y es válida. Ante esta laguna normativa, consideramos que si el ejecutante, como opción subsidiaria, ha elegido la administración forzosa, y

(101) MANRESA Y NAVARRO, J. M.: «Comentarios ...», T. V, *ob. cit.*, p. 624. De no concurrir esta condición —sigue indicando el mencionado autor— el juez no puede permitir que el acreedor cese en la administración forzosa del bien embargado (*ob. cit.*, p. 624).

(102) En esta línea, *vid.* MANRESA Y NAVARRO, J. M.: «Comentarios ...», T. V, *ob. cit.*, p. 625; MONTERO AROCA, J. (en AA.VV): «Derecho Jurisdiccional», T. II, vol. II, 3.ª ed., *ob. cit.*, p. 167; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.: «Derecho Procesal Civil», T. III; *ob. cit.*, p. 220; SOLCHAGA LOITEGUI, J.: «El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles», *ob. cit.*, p. 179; o, DOMINGO BARBERA, F.: «Consideraciones prácticas acerca del procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista Jurídica de Cataluña* I/ 1985, p. 82.

(103) De este modo, *vid.* SAEZ JIMÉNEZ, J., y, LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, E.: «Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal», T. III, vol. I, *ob. cit.*, p. 1020.

posteriormente solicitada su enajenación en subasta pública no aparece ningún postor, posee de nuevo las opciones que la LEC otorga al ejecutante en los arts. 1.505 y 1.506 para el supuesto del fracaso de la segunda subasta, es decir, la posibilidad de solicitar la administración forzosa o la celebración de una tercera subasta sin sujeción a tipo (104).

4.º por el pago, a instancia del ejecutado y en cualquier momento, del resto de la cantidad que adeude, según el último estado de cuentas presentado por el ejecutante. Ello supone el ejercicio de la facultad que el deudor posee, durante todo el proceso de ejecución, de poner fin a la actividad ejecutiva satisfaciendo al acreedor ejecutante. Para conocer lo que al ejecutado le resta de la «deuda» es necesario, en opinión de REYES MONTERREAL (105), que con anterioridad se conozca el resultado de la cuenta general que debe rendir el ejecutante, por lo que el trámite procedimental que deberá seguirse, de acuerdo al art. 1.528 LEC, será el siguiente:

— solicitud del ejecutado de que se acredite el resto de la deuda que existe en ese momento, con ofrecimiento de su consignación tan pronto se conozca;

— requerimiento al ejecutante para que presente el estado de cuentas en el plazo de 15 días;

— requerimiento al ejecutado para que liquide el saldo existente; y,

— entrega al ejecutante de aquello que tenga derecho a percibir, con alzamiento de la administración y embargos que puedan existir sobre otros bienes.

Como hemos señalado anteriormente, el pago del ejecutado pone fin al proceso de ejecución. La administración forzosa cesa, sin perjuicio de que deba procederse a la aprobación y discusión de cuentas en virtud de lo prescrito en los arts. 1.523 a 1.526 LEC, reguladores del procedimiento que de ordinario debe seguirse para la aprobación de cualquier rendición de cuentas en la administración prevista en el procedimiento de apremio.

5.º por cualquier otro modo de extinción de las obligaciones (arts. 1.143.I y 1.156 CC). Así, por la renuncia o condonación del acreedor al cobro de la deuda (arts. 1.187 y ss. CC), la confusión de derechos (arts. 1.192 y ss. CC), o la compensación de deudas (arts. 1.195 y ss. CC); y,

---

(104) En el mismo sentido, *vid.* SAEZ JIMÉNEZ, J.; y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, E.: «Compendio», *ob. cit.*, p. 1020.

(105) REYES MONTERREAL, J. M.: «El llamado juicio ejecutivo ...», *ob. cit.*, pp. 232-233.



6.º por último, la administración forzosa se suspende y/o extingue en el momento en que el deudor es sometido a un procedimiento concursal (106), pues la administración de los bienes del deudor se somete a la dirección de los interventores, si estamos en presencia de una suspensión de pagos (107), o a los síndicos si se trata de un concurso de acreedores o una quiebra (108).

Para concluir, debemos destacar cómo algunos autores sostienen otro modo de extinción de la administración forzosa, a saber, por el transcurso de dos años desde su constitución. Para ello, proceden a la aplicación analógica del art. 133.I *ab initio* LH, según el cual: «La administración y posesión interina de las fincas, concedida al acreedor en virtud de ésta o de cualquier otra Ley, no excederá, como norma general, de dos años» (109), (110). A nuestro entender, si bien es correcta la

(106) De igual modo, con referencia a Italia, *vid.* PROVINCIALI, R.: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», *ob. cit.*, pp. 245 a 247.

(107) En este sentido, el art. 9.V de la Ley de 26 de julio de 1922, establece: «Desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos todos los embargos y administraciones judiciales que pudiera haber constituidos sobre bienes no hipotecados o pignorados, quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los Interventores, mientras ésta subsista, con arreglo a las normas que señale el Juzgado». Sobre este particular, NAVARRO VILARROCHA afirma: «Así, pues, si en virtud de trabas habidas en procesos extraños a la suspensión de pagos, ya sea merced a embargos preventivos, a embargos en juicios ejecutivos o embargos en ejecuciones de sentencias, o aun a administraciones judiciales, quedarán en suspenso las funciones de los depositarios, o administradores, y si bien las trabas continuarán, pasarán a los interventores las funciones y responsabilidades, según las facultades que el juez de la suspensión les haya dado» (NAVARRO VILARROCHA, P.: «Comentarios al artículo noveno de la Ley de Suspensión de Pagos», en *Revista General del Derecho*, n.º 351, diciembre 1973, p. 1138). De igual modo, se pronuncia SAGRERA TIZÓN, J. M.: «Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos», T. II, 2.ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1989, pp. 510 y ss. quien en defensa de su postura recoge diversas resoluciones de Audiencias.

(108) Así, respecto al concurso de acreedores, *vid.* los arts. 1.173, 1.185 y 1.218 LEC y 1.914 CC. Con referencia a la quiebra, *vid.* los arts. 1.218, 1.319 y 1.366 LEC. En doctrina, *vid.* MAJADA, A.: «Práctica Concursal», Edit. Bosch, Barcelona, 1985, pp. 72, 563 y 567; PRAT I RUBI, J.: «Intervención de la persona jurídica en el juicio de quiebra», Edit. Bosch, Barcelona, 1985, pp. 163 y ss.; RAMÍREZ, J. A.: «La quiebra», T. I, Edit. Bosch, Barcelona, 1959, pp. 473 y ss.; o, POLO, A. y BALLBE, M.: «La quiebra de *Barcelona Traction*», Barcelona, 1951, pp. 53 y ss.

(109) Así, MAJADA apunta esta opinión, indicando: «Dada la amplitud de la precedente fórmula legal ("cualquier otra ley"), y al ser la LH posterior a la LEC, el transcrito precepto de la LH ha de entenderse aplicable a la administración judicial regulada en los arts. 1.521 y demás concordantes LEC» (MAJADA, A.: «Práctica del juicio ejecutivo y de la oposición cambiaria», 2.ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1982, p. 541). De igual modo, *vid.* DOMINGO BARBERA, F.: «Consideraciones prácticas acerca del procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *ob. cit.*, p. 82.

(110) En Italia, el art. 592 CPC prevé expresamente este modo de extinción, estableciendo: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile è disposta per un tempo non superiore a tre anni [...]. Este plazo no puede, en opinión de la doctrina, prorrogarse por más tiempo (en este sentido, SATTA, S.: «Commentario al Codice di Procedura Civile», T. III, *ob. cit.*, p. 411; y CARPI, F.; COLESANTI, V.; y TARUFFO, M.: «Commentario breve al Codice di Procedura Civile», *ob. cit.*, p. 761).

presente aplicación analógica de la normativa reguladora de la administración provisional o interina a la prevista en el art. 1.505 LEC, de ello no se desprende necesariamente la consecuencia de que al cabo de dos años deba extinguirse la administración forzosa. Si acudimos al tenor literal del mencionado precepto, en él se indica «como norma general», lo que da pie a sostener que su duración puede exceder del plazo de dos años (111). Y esta excepcionalidad de la norma general tiene especial significación en la administración forzosa pues, si merced a ella se está efectivamente satisfaciendo el interés del acreedor reconocido en la sentencia ejecutada, ¿Qué sentido tendría proceder a su extinción?, ¿Por qué extinguir la administración forzosa precisamente en el momento en que se está manifestando como instrumento útil y válido para la ejecución de la sentencia? En conclusión, entendemos que debe prevalecer la interpretación aquí sostenida del art. 133.I *ab initio* LH, pues es la que permite dar una mayor virtualidad al derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor, que ve como mediante la administración forzosa se está, paulatinamente, resarciendo de su crédito.

## 7. PROBLEMAS QUE PLANTEA Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

A lo largo de este estudio hemos apuntado los problemas que plantea la administración forzosa, y que han originado su inaplicación en el foro. Ello es debido, sin duda alguna, a la deficiente redacción normativa, pese a haber sido introducida por el legislador decimonónico con fundadas esperanzas en la LEC de 1881 (112).

Es innegable que la administración forzosa será siempre un medio de realización de bienes escasamente utilizado una institución residual en la práctica cotidiana de los Tribunales, sobre todo cuando existen otros medios más eficaces para la satisfacción del crédito al acreedor, como sucede con la venta de los bienes en pública subasta. Partiendo de esta realidad, las posibilidades de funcionamiento de esta institución aumentarán en la medida en que sean eliminados aquellos obstáculos lega-

---

(111) No podemos olvidar que el art. 133.I LH está pensando en un tipo de administración caracterizada por su *provisionalidad o interinidad*, por lo que sí tiene sentido establecerse para ella una determinada duración. En esta línea, ROCA SASTRE destaca: «Lo que deja confuso es si dicho tope de dos años es una norma absoluta o bien una regla que cuenta con excepciones. Dado el modo de producirse tal precepto parece presuponer esto segundo, dejando al aire la determinación de cuáles sean estas excepciones» (ROCA SASTRE, R. M.: «Derecho Hipotecario», T. IV, 2.<sup>o</sup>, 7.<sup>a</sup> ed., *ob. cit.*, p. 1130). A nuestro entender, con la administración forzosa estamos ante una de estas excepciones.

(112) Al respecto, TOMÉ PAULE, J.: «Entresijos y defectos del derecho de ejecución», *ob. cit.*, p. 124.

les que provocan su ineficacia, y se potencien aquellos otros aspectos que permitan su utilidad práctica.

El único modo de superar la presunta inutilidad de la administración forzosa lo hallamos, como hemos indicado, en una modificación legislativa, cuya génesis no puede ser otra que un cambio de planteamiento respecto de lo que debe suponer esta administración. Así, para una futura y necesaria reforma de la LEC, con objeto de permitir una mayor virtualidad y eficacia a dicha institución, adecuándola a las exigencias socio-económicas que la realidad demanda, nos aventuramos a formular, a modo de conclusiones, distintas propuestas de perfeccionamiento. En este sentido, tras analizar críticamente la administración forzosa, entendemos que debería reformarse atendiendo a las siguientes directrices:

- desaparición de su carácter subsidiario, es decir, la posibilidad de solicitarse debería ser alternativa a la celebración de la subasta, colocándose la administración forzosa en un plano de igualdad a la venta; e incluso debería permitirse acceder a esta administración durante toda la ejecución;

- ampliación de su elemento objetivo, esto es, debería permitirse acceder a la administración forzosa a todo bien o derecho susceptible de ser productivo, especialmente establecimientos mercantiles e industriales (113);

- regulación detallada del elenco de derechos y obligaciones del ejecutante y del ejecutado, en el sentido apuntado al analizar este aspecto;

- posibilidad de permitir a terceros profesionales la gestión y administración de los bienes sometidos a administración forzosa;

- formulación por escrito de las condiciones en que el acreedor pretende llevar a cabo la administración, con traslado del mismo al deudor para que formule las objeciones que estime oportunas;

- atribución al órgano jurisdiccional de mayores poderes de dirección *ex officio*, con un doble objetivo: fijar las reglas de la administración en el supuesto de existir disconformidad entre ejecutante y ejecutado; y velar por el pleno respeto de los derechos y el efectivo cumplimiento de las obligaciones tanto del acreedor como del deudor;

---

(113) Si bien en la actualidad ello ya es posible de acuerdo a una lectura teológica, sistemática y lógica de la normativa referente a la administración forzosa, entendemos necesario y conveniente que la ley especifique, con precisión y claridad, la posibilidad de someter a este medio de realización cualquier tipo de bien susceptible de ser productivo, con objeto de obviar interpretaciones legales equívocas o erróneas.

— sustitución, para la resolución de las eventuales divergencias o discordias en el modo de practicarse la administración forzosa, del procedimiento de los incidentes, excesivamente dilatorio, por una comparecencia ante el juez ejecutor, con lo que se ganaría en simplicidad y rapidez; y,

— eliminación, para el supuesto de no haberse previsto la solución a un determinado problema, del criterio interpretativo de la costumbre del país, para acudir a otros parámetros, tales como la administración del bien en la forma que de el rendimiento para el cual está destinado, o al criterio de la mayor productividad del bien, siempre bajo el oportuno control judicial.



# La codificación posible

## Hegel entre Thibaut e Savigny [\*]

PAOLO BECCHI

En sus escritos de 1814 Thibaut y Savigny expusieron de forma programática su visión del derecho y su consiguiente posicionamiento sobre el tema de la codificación (1).

En este trabajo intentaré reconstruir los motivos de fondo de esa polémica para después poner de manifiesto la postura de Hegel según se sigue de sus obras. En este sentido se podrán subrayar algunas diferencias significativas entre su obra publicada y sus lecciones.

### 1. LA PROPUESTA DE THIBAUT

Cuáles fueran las verdaderas intenciones de Thibaut, ya por entonces eminente civilista y conocido entre los estudiosos por su enorme

---

[\*] Este trabajo, traducido del italiano por JOXERRAMON BENOETXEA, forma parte de una investigación más amplia y ha sido realizado gracias a una estancia de estudio en la Universidad del Sarre hecha posible por una beca de estudio de la Fundación Alexander von Humboldt.

(1) Para una reconstrucción general de dicha polémica véase P. BECCHI, «La polémica sulla codificazione tra Thibaut e Savigny», en los *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII 2, 1987, pp. 357-384. Los escritos de Thibaut y Savigny se citan a partir del volumen A.F.J. Thibaut-F.C. Savigny, *La polemica sulla codificazione*, a cargo de G. MARINI, Napoli, Esi, 1982. Aquí se presentan en la versión de M. PERETTI, con introducción a cargo de G. MARINI, los dos textos fundamentales sobre la oportunidad de la codificación en Alemania. Los escritos originales de Thibaut y Savigny, junto con otros documentos sobre la polémica se recogen ahora en el volumen *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, a cargo de H. HATTENHAUER, München, F. Vahlen, 1973.

producción científica (2), resulta claro ya en las primeras páginas de su intervención y en la motivación que anima a su propuesta. Thibaut dice ser «ardiente amigo de la ... patria» y declara haber sido requerido por «personas estimables» para desarrollar un tema sobre el que por otra parte «hace ya tiempo» se había ocupado (3).

En efecto, Thibaut se había ocupado del mismo problema en una extensa recensión crítica al libro de un exponente típico del pensamiento contrarrevolucionario alemán: August Wilhelm Rehberg (4).

Rehberg, a fin de cuentas, abogaba por la abolición del código francés en aquellos territorios alemanes en los que se había introducido dicho código, considerando completamente factible un simple retorno a la situación preexistente. El orgullo nacional y las ideas abiertamente reaccionarias se encontraban en el rechazo del derecho civil francés. La oposición al Código de Napoleón no era novedad. Nueva era, más bien la situación política en la que dicha oposición se expresaba. Independientemente de las conclusiones del escrito de Rehberg permanecía un problema real: ¿Cómo debía organizarse el derecho civil en Alemania una vez que la resistencia había conseguido su victoria sobre la ocupación napoleónica?

La cuestión había suscitado una amplia serie de publicaciones que trataban no sólo de la organización del derecho civil sino que a la vez abrían la discusión en torno a la cuestión nacional y constitucional (5).

(2) La mejor confrontación crítica con la obra de Thibaut sigue siendo un ensayo de H. KIEFNER (que por otra parte sólo se refiere a la polémica incidentalmente): «A.F.J. Thibaut», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, LXXVII, 1960, pp. 304-344. Del mismo autor véase «Thibaut und Savigny. Bemerkungen zur Kodifikationsstreit» en *Festschrift für Rudolf Gmür. Zum 70. Geburtstag 28 Juli 1983*, Hrsg. von A. BUSCHMANN, F.-L. KNEMEYER, G. OTTE, W. SCHUBERT, Bielefeld, Gieseking, 1983, pp. 53-85. Sobre Thibaut véase también la obra (con el enorme material de las cartas puesto a disposición) de R. POLLEY, *Anton Friedrich Justus Thibaut (AD 1772-1840) in seinem Selbstzeugnissen und Briefen*, Frankfurt a. M., P. Lang 1982; y más recientemente, A. KITZLER, *Die Auslegungslehre des Anton Friedrich Justus Thibaut*, Berlín, Duncker und Humboldt, 1986.

(3) A.F.J. THIBAUT, *La necessità di un diritto civile generale per la Germania*, en la obra citada THIBAUT-SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, p. 51.

(4) A. W. REHBERG, *Ueber den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland*, Hannover, Gebrüder Hahn, 1814. La recensión de Thibaut apareció en *Heidelbergsche Jahrbücher der Literatur*, 1814, pp. 1-34.

(5) En este sentido me limito a señalar los títulos de algunos (de los primeros de) tales escritos, sin poder aquí comentarlos: P.J.A. v. FEUERBACH, *Ueber die Unterdrückung und Wiederbefreiung Europens*, München, 1813, Id. *Was sollen wir? Worte eines Bayern an das Bayerische Volk*, München, 1813; Anónimo, *Was war Deutschland? Was ist es jetzt? Was darf es von der Zukunft hoffen?*, Germanien, 1813; Anónimo, *Geburt, Thaten und Ende des Rheinbundes, kein Roman sondern eine wahre Geschichte mit einigen Bloss in schwachen Umrissen hingeworfenen Ideen zur künftigen Regeneration einer teutschen Staatsverfassung an das Licht gestellt von einem teutschen Patrioten in der Wüste des unterjochten Deutschlands*, Germanien, 1814. Una colección de algunos documentos significativos se encuentra en *Die Erhebung gegen Napoleon: 1806-1814/15*, a cargo de H. B. SPIES, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1981.

En lo que concierne específicamente a la organización jurídica alemana el escrito de Rehberg había suscitado múltiples reacciones. Uno tras otro aparecieron escritos de Brinkmann, Schmid, Pfeiffer, Gönner mientras en las revistas las recensiones se multiplicaban (6).

Entre estos escritos rápidamente sobresalió la recensión de Thibaut. Sin haber sido jamás un defensor oportunista del *Code Napoléon* en la época de la ocupación, Thibaut no había perdido la ocasión de dar un juicio muy equilibrado sacando siempre a relucir sus indiscutibles valores. Precisamente por eso, aún sin hacerse impulsor de la extensión del Código a otros territorios alemanes, previno en contra de la propuesta de Rehberg de atropellar la validez del mismo en aquellos países en que se había introducido.

Sin embargo Thibaut era de la opinión que había llegado la hora de proponer un código nacional elaborado por y para los alemanes. Aunque el movimiento nacional, incrementado durante las guerras antinapoléonicas, no estaba todavía en condiciones de producir una acción para la unificación política de Alemania lo estaba sin embargo para la unificación jurídica, para la creación de un código nacional (7).

En este sentido se había expresado ya Thibaut en su recensión al escrito de Rehberg. Pero de una recensión difícilmente podía haber salido un programa de política del derecho. De ahí la necesidad de transformarlo en un *panfleto* político, en un manifiesto a favor de la codificación. Cada página del escrito de Thibaut suena como una apasionada denuncia del desorden y de la incerteza presentes en la organización jurídica existente. Veamos un ejemplo significativo:

Todo nuestro derecho nacional es un maremagnum de disposiciones desordenadas que se anulan o se contradicen recíprocamente, hechas aposta para dividir internamente a los alemanes y para impedir a los jueces y a los abogados un

---

H. R. BRINKMANN, *Weber den Wert des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Franzosen, mit besonderer Rücksicht auf die Schrift des Herrn geh. Cabinets-Raths Rehberg über das selbe, sowie auf unsere jetzigen Bedürfnisse in der Gesetzgebung*, Göttingen, Vandenhöck u. R., 1814; W. E. SCHMID, *Deutschlands Wiedergeburt. Ein politischer Versuch*, Jena, F. Frommann, 1814; N. T. v. GÖNNER, *Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Erlangen, Palm, 1815; B. W. PFEIFFER, *Ideen zu einer neuen Civil-Gesetzgebung für Teutsche Staaten*, Göttingen, Dietrich, 1815. Cito estos escritos (aunque habría muchos más) sólo para indicar un hecho que suele estar bastante olvidado, esto es, que la polémica sobre la codificación no fue solamente la polémica entre Thibaut y Savigny, sino que puso en juego un complejo de fuerzas, que quizás no se puedan reconducir sólo a estos dos autores. Sobre este particular me permito remitir al lector a mi trabajo, P. BECCHI, «Anselm Feuerbach e la polemica sulla codificazione» in *Scritti in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè 1990, vol. I, pp. 61-116.

(7) «En este justo momento se presenta una ocasión favorable inesperada para la reforma del derecho civil... Si los gobiernos alemanes quisieran reunirse para la redacción de un código civil, penal o procesal y sólo por cinco años gastasen lo que cuesta medio regimiento de soldados, entonces no dejaría de producirse algo excelente y sólido». La recensión de Thibaut apareció, como se ha dicho, (cifrar nota 4) en los *Heidelbergsche Jahrbücher der Litteratur* 1814, cit. pp. 24-25.



conocimiento profundo del derecho. Pero incluso un conocimiento perfecto de este barullo no lleva muy lejos ya que todo nuestro derecho nacional es tan incompleto que de cien cuestiones jurídicas al menos noventa deben siempre resolverse mediante el recurso a códigos extranjeros de recepción, al derecho canónico y al derecho romano (8).

La codificación podría haber puesto fin a aquella dispersión que aún caracterizaba a la organización jurídica de Alemania en los inicios del siglo XIX. La gran innovación que supondría la introducción del código habría consistido en la superación de aquella situación conocida como «particularismo jurídico». Para Thibaut era hora de poner fin a la confusión existente entre las fuentes del derecho e introducir el plano de un nuevo código único para toda Alemania. Criticando la propuesta del nuevo código, Savigny reafirmaba al mismo tiempo el valor de la ciencia jurídica y de su mejor expresión: el derecho romano. A la hora de hacer los planes para el código Thibaut era en cambio crítico respecto al derecho romano.

Se puso sobre el tapete el argumento, históricamente falso pero ideológicamente útil, que el uso del derecho romano equivaldría a la adopción de un derecho extranjero. Puestos a escoger un derecho extranjero era mejor optar por el código francés ya que estaría mejor adaptado a las exigencias del tiempo. Thibaut en cambio criticaba la forma en que el derecho romano se había recibido en Alemania. El derecho romano actual no era sin embargo el derecho justiniano sino el *Corpus Iuris* en su interpretación medieval, o sea dotado de los aparatos de las glosas y comentarios: «tenemos en el derecho romano un código cuyo texto no poseemos y cuyo contenido es por tanto parangonable a un fuego fatuo» (9).

También Savigny habría podido subscribir esta crítica del derecho romano recibido, pero sólo para tomar la dirección opuesta respecto a la de Thibaut. En Savigny latía muy vivo el deseo de volver a los orígenes; la doctrina de los prácticos del medievo había, según él, alterado el auténtico derecho romano. Se trataba por tanto de realizar un gigantesco esfuerzo para reconstruir el auténtico derecho justiniano y de comprenderlo mediante el estudio de su génesis. Para Thibaut tal empeño era inútil y contraproducente. El derecho romano ya no era actual y serían vanos los intentos de reactualizarlo. No era este el camino a seguir sino el del código, que habría opuesto a la falta de unidad y coherencia del conjunto de las leyes vigentes un derecho unificado por una codificación uniforme: la codificación entendida como simplificación de la organización jurídica.

---

(8) A. F. J. THIBAUT, *La necessità di un diritto civile generale per la Germania*, en la obra citada THIBAUT-SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, p. 58.

(9) *Ibid.* p. 61.

Cuando Thibaut habla del código, el adjetivo que aparece con mayor frecuencia es «simple» (10). La codificación se consideraba bajo el perfil de una doble simplificación de la organización jurídica: material, pues un contenido uniforme sustituiría a la pluralidad de derechos precedentes; formal, pues habría un texto único para toda Alemania en vez de la confusión de fuentes existente. El código debería convertirse en la única fuente del derecho; ello no equivale a decir que habría refundido simplemente el derecho vigente preexistente sino que lo habría abrogado y por tanto no sería compatible con los contenidos jurídicos previgentes. La materia civilística debería entrar íntegramente en el código que, en consecuencia se presentaría como una reglamentación simple y al mismo tiempo completa y exhaustiva de las relaciones civiles. Pero ningún sistema jurídico puede ser estructuralmente simple si conlleva diferencias subjetivas. Y por eso el código prusiano de 1794, no obstante su perfección formal, dada su complejidad debida a la permanencia de una pluralidad de *status* subjetivos (además de por su carácter de ley supletoria) no podía definirse como un código moderno. Desde este punto de vista la propuesta de Thibaut se coloca sin duda en la línea del Código Napoleón y del código civil general austriaco. El nuevo código debería garantizar la igualdad ante la ley y contener en su seno las reglas para resolver cualquier controversia. De este modo el código sustancialmente excluiría las heterointegraciones, las cuales habrían reproducido los conflictos entre distintos sistemas normativos. El derecho codificado daría origen a relaciones estables e inderogables, basadas en la unidad del sujeto jurídico.

En la base de la propuesta de Thibaut estaba la idea que todo el derecho positivo estuviera contenido en el código y disciplinado de un modo completo y exhaustivo. La ideología que emerge de tal propuesta se caracteriza sobre todo por la creencia en que la disciplina jurídica sea capaz de solucionar todo tipo de controversias, esto es la idea de la completud del derecho positivo. Una consecuencia directa de esta idea es la doctrina según la cual se estima que es jurídicamente posible y deseable en la práctica que el juez sólo se atenga (o deba atenderse) a lo establecido en la ley. Si el código contiene todo el derecho, entonces es posible que el juez se atenga tan sólo a lo querido por el legislador. La actividad del jurista se reduce esencialmente a una actividad técnica. Thibaut parangonó la profesión de jurista con la de un médico capaz de curar automáticamente (*mechanisch*) todas las enfermedades con unos

---

(10) He aquí algunos ejemplos: «código nacional simple» (p. 64), «simples leyes de la patria» (p. 66), «un código simple para toda Alemania» (p. 67), «un sabio código, razonado, simple y sensato» (p. 68) y «el código austriaco con su bella pureza y simplicidad» (p. 80).

cuantos remedios universales (11). Los operadores jurídicos profesionales debían cumplir todas las funciones a ellos atribuidas institucionalmente mediante el empleo técnico de una ciencia que elaboraría un objeto externo y anterior a ella: el código, que de este modo se convertiría en el objeto exclusivo de estudio de los juristas.

Es un modo de concebir el trabajo del jurista y la función de la ciencia jurídica que revela no pocas semejanzas con la escuela conocida con el nombre de la «Exégesis». Aquí no es posible reconstruir las líneas probables de influencia, pero se puede afirmar que el modelo de ciencia jurídica que se estaba afirmando allí donde mejor se había plasmado el proceso de codificación, en Francia, se convirtió en el modelo de quienes, como Thibaut, auspiciaban la realización del proceso de codificación en Alemania.

En las intenciones de Thibaut la propuesta del código estaba igualmente ligada a una precisa política del derecho, trazada en el albor de la Ilustración. El código debía ser «patrimonio de todos», sus principios debían ser puestos al «conocimiento de todos» (12). La exigencia de transparencia del derecho se reivindicaba como insignia insuprimible de los nuevos tiempos. Aquí el contraste político de fondo se daba entre quienes, como Thibaut (13), querían un derecho que pudiese ser conocido por todos y quienes, como Savigny, querían un derecho conocido y elaborado por un grupo de juristas. Es desde este punto de vista que sobresalen las reivindicaciones políticamente liberales de Thibaut.

Al claro programa de política del derecho no se correspondían aún los medios adecuados para su realización. Con su propuesta Thibaut se oponía a aquella tendencia reaccionaria que tras la victoria sobre Napoleón simplemente auspiciaba la vuelta a la organización jurídica anterior, pero no conseguía en el fondo aportar todos los elementos necesarios para una política realista del derecho que presentara una alternativa a dicha tendencial (14). De hecho Thibaut parece mantener que la buena voluntad de los príncipes y de los gobiernos alemanes, bajo «la protección de los grandes soberanos que han dado ahora la paz

---

(11) *Ibid.* p. 62: «la felicidad de los ciudadanos no requiere de los abogados, y sería de agradecer fervorosamente al cielo si con leyes simples se consiguiera al menos que nuestros abogados pudieran pasarse sin tanta erudición, como también tendríamos todos los motivos para alegrarnos si nuestros médicos pudiesen curar automáticamente todas las enfermedades con sus remedios universales».

(12) *Ibid.* p. 64.

(13) Hegel no dejó de retomar esta crítica de Thibaut cuando al hablar del derecho consuetudinario (pero sin citar a Savigny) concluía que siguiendo este tipo de organización jurídica «el conocimiento del derecho de tal o tal otro lugar es en general una propiedad accidental de unos pocos» (G. W. F. HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, hrsg. von K.-H. Ilting, Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann-Holzboog, 1974, vol. II, *Rph* § 211 A p. 655. 24-25).

(14) Este aspecto lo recalcó bien Giovanni Tarello en un escrito inconcluso publicado póstumamente. «La Scuola storica del diritto e la sua diffusione in Italia», en *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino 1988, pp. 103-122.

al mundo» (15), son condiciones suficientes para promover la redacción de un código. Tales expectativas fueron pronto derrumbadas, pero no creo que por eso se pueda concluir que el programa de Thibaut fuera del todo irrealista. En la época en que formuló su propuesta la situación de Alemania era muy fluida, abierta a varias soluciones. La reacción no había aún comenzado y al menos hasta diciembre del 1819 (fecha del despido de Humboldt) los gobiernos alemanes no eran un dócil instrumento para la política reaccionaria de Metternich. Por ello las esperanzas que todavía albergaba Thibaut en los príncipes y en los gobiernos alemanes no parecen carentes de fundamento. Ciertamente testimonian la moderación de su posicionamiento político pero no su inconsistencia. El que Thibaut estuviera lejos de un posicionamiento político revolucionario o democrático se sigue también de este escrito donde es máxima la tensión a favor de una reforma de la situación jurídica existente. Así las últimas batutas sugieren ya, más allá del tradicional posicionamiento filosoberano, un cierto temor respecto a la confrontación a las iniciativas populares. El proyecto de reforma debe originarse desde lo alto pues de otro modo «la voz popular no se apaciguará y la violencia de los tiempos actuará irresistiblemente desde abajo» (16). Pero todas estas limitaciones tampoco pueden anular la distancia que separa políticamente a Thibaut de Savigny.

## 2. LA CRÍTICA DE SAVIGNY

La más reciente *Savigny-Forschung*, al discutir el «dualismo demasiado simplista que contraponía al primer liberalismo con la restauración» (17), corre el riesgo de ignorar la innegable diferencia entre el programa político de Thibaut y el de Savigny. Al intentar aproximar a Thibaut y Savigny bajo el perfil político se termina por ocultar la auténtica divergencia de opciones y estrategias políticas. La posición de Savigny contra Thibaut representa de hecho la oposición a la introduc-

---

(15) A. F. J. THIBAUT, *La necessità di un diritto civile generale per la Germania*, en la obra citada A. F. J. THIBAUT-F. C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, p. 85.

(16) *Ibidem*.

(17) Así J. RÜCKERT, «Lacune palesi e carenze occulte nella ricerca su Savigny» en *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, IV serie LXIII, octubre-diciembre 1986, pp. 498-535 (504). Este denso artículo retoma algunos aspectos tratados en una de las obras más significativas de la reciente *Savigny-Forschung*: J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, R. Gremer, 1984 (en especial pp. 160-193). Esta nueva línea interpretativa pone radicalmente en tela de juicio la tendencia de los estudios que parten del célebre libro de W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1958 (traducción al italiano *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, Giuffrè, 1974).

ción en Alemania de un tipo estructural de organización jurídica a través del derecho codificado, la cual era sin más la mejor adaptada a las exigencias de la burguesía liberal. Dicho esto, no creo en cambio que todos los problemas suscitados en la polémica se resuelvan adecuadamente. El problema decisivo no es realmente el de descubrir si el pensamiento de Thibaut fuera liberal o el de Savigny reaccionario, sino más bien el de establecer si una explicación política de sus escritos pueda hacer justicia a la potencialidad de sus doctrinas. Ahora bien, si del escrito de Thibaut se refleja sin duda la función política precisa de su posicionamiento, también la crítica de Savigny, analizada desde esta perspectiva, resultaría desnaturalizada sin más. En efecto de las críticas de Savigny emergen reflexiones de tipo teórico destinadas a permanecer en la sombra siempre que se reduzcan a la mera caracterización política. En resumen, no creo que pueda decirse que los aspectos teóricos y metodológicos presentes en el escrito de Savigny sean solamente una máscara tras la cual se escondería una opción política concreta antiliberal y antiburguesa.

De una primera lectura tampoco puede ignorarse que el escrito de Savigny, aun solicitado por la situación política específica, no puede reducirse a dicha situación. El escrito de Thibaut constituye sólo la ocasión externa, sólo aporta el pretexto para intervenir públicamente en el debate y tomar parte políticamente respecto de la organización jurídica alemana, pero la complejidad de los problemas tratados y la claridad conceptual con que son tratados son la prueba más evidente del hecho que Savigny había estado meditando sobre ellos desde hacía tiempo. Muchos indicios dejan así suponer que una parte del *Berufes-tuiveria* ya preparada antes de la publicación del escrito de Thibaut. Y Savigny, aprovechando hábilmente el interés suscitado por dicha publicación, había ya decidido desarrollar ulteriormente sus reflexiones añadiendo toda la así llamada «recensión de los códigos modernos» que por sí sola constituye un tercio de la obra (18). Pero si esta parte en la que Savigny somete el código civil francés, el prusiano y el austriaco a un severo juicio, puede considerarse en ciertos aspectos unilateral, la primera en cambio, de mayor extensión, representa la auténtica acta fundacional y el manifiesto de la Escuela histórica del derecho. El *Beruf*, aun antes de ser una crítica a la propuesta codificadora avanzada por Thibaut es una crítica de sus presupuestos filosóficos. Emerge de forma potente un nuevo modo de pensar *historicista* que se contrapone a la raíz iusnaturalista e ilustrada del pensamiento de Thibaut. No es que Thibaut no hubiese tenido en cuenta la historia, sino que la concep-

---

(18) Sobre la génesis del *Beruf* sigue siendo fundamental P. CARONI, «Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des "Berufes"» en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, LXXXVI, 1969, pp. 97-126. En la misma línea interpretativa G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, Guida, 1978.

ción general de la historia que toma expresión en Savigny representa algo nuevo y diverso. Ya al inicio del segundo capítulo, breve pero muy denso, dedicado al «origen del derecho positivo» escribía Savigny:

Donde quiera que encontramos historia documentada el derecho civil tiene un carácter determinado, peculiar al pueblo así como lo son la lengua, las costumbres, la constitución. Ninguna de estas instituciones tiene existencia separada sino que, siendo energías especiales y actividades de un único pueblo, están indisolublemente unidas en su naturaleza y sólo ante nuestra observación se presentan como elementos independientes. Lo que les une en un todo único es la común convicción del pueblo, el sentimiento común de una necesidad interior que excluye toda idea de un origen accidental y arbitrario (19).

En esta visión ya no hay espacio para un único derecho igual para todos los tiempos y todos los lugares: el derecho no es una construcción artificial de la razón como pretendían que lo fuese los iusnaturalistas, sino un producto de la historia; nace y se desarrolla en la historia como todos los otros fenómenos sociales: la lengua, las costumbres, la constitución. A la universalidad del derecho natural moderno contraponen Savigny una perspectiva substancialmente historicista. A la concepción iusnaturalista que había pretendido fundar el derecho sobre una naturaleza universal abstracta del individuo contraponen Savigny la historia particular concreta de un pueblo. El derecho no resulta de un cálculo racional, sino de la «común convicción del pueblo». Y cada pueblo tiene características peculiares, específicas que lo hacen distinto de cualquier otro pueblo: «el derecho se desarrolla por lo tanto junto al pueblo, se perfecciona con éste y desaparece a medida que el pueblo pierde su peculiaridad» (20). Savigny avanza una concepción relativista de la historia que de un lado tiene sus raíces en Montesquieu y de otro preconiza el moderno *Historismus*.

En esta concepción del derecho, la intervención del legislador no podía dejar de aparecer como arbitrio y violencia en el afrontar el lento acaecer de la historia. La propuesta de Thibaut implicaba por tanto hacer violencia al desarrollo espontáneo del derecho: «el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares y después por la jurisprudencia... y es siempre obra de fuerzas interiores que actúan silenciosamente y no del arbitrio de un legislador» (21).

---

(19) F. C. v. SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in A. F. THIBAUT-F. C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, op. cit., p. 97.

(20) *Ibid.*, p. 99.

(21) *Ibid.*, p. 101.

No es que de este modo Savigny quiera negar de forma radical la actividad del legislador. En este mismo escrito hay al menos dos casos respecto a los cuales Savigny reivindica un rol no secundario para la legislación. Es necesario recurrir al instrumento legislativo sea en el campo procesal, sea en lo que toca al registro escrito de las antiguas costumbres. Por lo tanto la crítica de Savigny, también en el escrito en el que mayor es su polémica con el «derecho legislativo», no expresa una toma de posición absolutamente contraria a la legislación. Lo que se discute no es tanto el instrumento legislativo en sí, sino su presencia tendencialmente exclusiva, es decir aquel tipo instrumental de organización jurídica que, primando a la ley de manera exclusiva, priva a la jurisprudencia de toda incidencia en el ámbito de la formación del derecho. «Según tal concepción, en condiciones normales la fuente de todo derecho son las leyes, normas explícitamente emanadas de la potestad suprema del Estado. La ciencia jurídica tiene por objeto exclusivamente el contenido de las leyes» (22).

Es precisamente contra esta concepción que se alza Savigny presentando un esbozo de sistema de fuentes que prefigura a aquél de su posterior *System*. También la doctrina según la cual todo el derecho se origina en la «convicción común del pueblo» puede reconducirse al interior de este sistema. Esta es de hecho la fuente de las fuentes sobre la cual se integran la costumbre, la ciencia jurídica y la misma legislación. Ciertamente la actitud al afrontar esta última fuente será más favorable en el tratamiento más orgánico y completo del primer libro del *System* (1840), pero tampoco faltan en el *Beruf* recursos al instrumento legislativo. En la línea de continuidad que va, con ligeras variaciones de tono, del *Beruf* al *System*, resulta siempre evidente que Savigny considera la formación del derecho de forma tal que concede amplio espacio a la actividad teórica y práctica de los juristas.

Para Thibaut el centro de atención estaba constituido exclusivamente por la ley. Derecho era sólo aquéllo que se manifestaba en forma de ley. El resultado era el vínculo estrecho del jurista y del juez con el texto de la ley: sólo un tipo de organización jurídica con «derecho codificado» podía asegurar al ciudadano aquellas garantías jurídicas formales de las que tenía necesidad contra toda forma de arbitrio.

Para Savigny esta visión del derecho substruía a la jurisprudencia toda incidencia efectiva en el campo de la formación del derecho: el derecho era legal y a la jurisprudencia se le privaba formalmente de todo poder sobre el derecho. Pero la jurisprudencia no podía limitarse a desempeñar un rol ancilar respecto a la legislación, no podía reducirse (como quería Thibaut) a tener «por objeto exclusivamente el contenido de las leyes»; puesto que la misma contribuía a la formación del

---

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

derecho era fuente del derecho, o por decirlo de otro modo, el «derecho» era también «creado» por la jurisprudencia.

Para comprender este punto de vista es necesario decir algo más preciso sobre el modo en que Savigny concebía la ciencia jurídica. La polémica sobre la codificación era también de hecho una polémica sobre el modo diverso de concebir la ciencia jurídica. Thibaut, al afirmar la necesidad del código, afirmaba al mismo tiempo el rol exclusivo de la voluntad del legislador, esto es, de un cuerpo sustancialmente extraño a la ciencia jurídica, en la producción del derecho. Los científicos del derecho se convertían así en «sirvientes del derecho», de un derecho que les permanecía extrínseco; estos se limitarían a la explicación de un objeto externo: el código. La ciencia jurídica se configuraba como un medio para la interpretación de las normas positivas ya dadas. Para Savigny en cambio la ciencia jurídica era intrínseca al derecho, productora del derecho.

A primera vista parece al menos problemático afirmar que la ciencia jurídica, en cuanto tal ciencia, esto es, considerada en su peculiar función cognoscitiva, pudiera ser fuente productora de derecho. Si la labor de la ciencia es limitarse a describir su objeto, no se entiende a primera vista cómo puede al mismo tiempo producirlo. Si la ciencia ha de describir la realidad del derecho entonces deberá presuponer esta realidad como externa a sí misma. Pero es precisamente esta visión de la ciencia la que pone en entredicho Savigny. No hay alienidad entre el objeto de su conocimiento; así la ciencia se limita a descubrir aquello que ya está presente potencialmente en el objeto. La ciencia jurídica constituye una unidad sistemática porque tal unidad está ínsita en el derecho (23); será ciencia histórica porque el derecho mismo es intrínsecamente histórico. La ciencia y su objeto no están separados sino compenetrados, de tal forma que mientras la ciencia estudia su objeto al mismo tiempo lo desarrolla, desvela su íntima esencia. Es esta relación de copertenencia entre la ciencia jurídica y el derecho lo que hace que la ciencia jurídica participe activamente en la producción del derecho: los resultados a los que llega la ciencia se convierten en parte integrante del derecho.

De esta diversa concepción de la ciencia jurídica se derivaba una diversa consideración del rol de la actividad interpretativa y de la función judicial. Para Thibaut, como se ha visto, el código debía poner al juez en la condición de «tener vivo y presente el derecho para todo caso singular». Podía por tanto garantizarse en líneas generales una in-

---

(23) El sistema «derecho» aparece como un sistema autoreferencial, en el sentido que es el desarrollo reflexivo de la sistematicidad intrínseca al derecho que produce las categorías de la ciencia jurídica, las cuales sin embargo no son externas sino que pertenecen constitutivamente al derecho: son su reproducción desvelada. Sobre la noción de ciencia jurídica en Savigny ha escrito páginas significativas. F. VIOLA, *Autorità e ordine nel diritto*, Torino, Giappichelli, 1987, pp. 228-262.



interpretación lo más cercana posible a la letra de la ley y ello salvaguardaría «la pacífica seguridad del ciudadano». La disciplina del código ofrecería la posibilidad de resolver toda controversia poniendo al juez en la condición de no tener que añadir nada a la voluntad del legislador. Criticar la propuesta codificadora significaba entre otras cosas rescatar al juez de esa posición subalterna respecto al código al que estaba supeditado: «la peor situación en este sentido es aquella en la que el juez debe limitarse a aplicar mecánicamente al pie de la letra un texto dado que no puede interpretar» (24). Si al favorecer la idea de la codificación Thibaut había vinculado a los juristas teóricos y prácticos de forma estrecha a la voluntad del legislador, Savigny, criticando su postura, revalorizaba ampliamente la labor de los mismos. Su escrito representaba la primera voz de desacuerdo contra el *pathos* jurisprudencial que se estaba difundiendo con la llegada de los códigos. Alcanzaba así su primera expresión la doctrina del *Juristenrecht* que desde entonces permanecería como una constante en el pensamiento jurídico alemán (25).

### 3. HEGEL EN EL DEBATE SOBRE LA CODIFICACIÓN

Aún cuando el tema de la sociedad civil haya sido objeto de múltiples estudios, no sólo con referencia al «sistema de necesidades» (sobre todo por parte de autores de inspiración marxista) sino también respecto a la «administración de justicia», el modo en que Hegel se situó en este contexto respecto a la polémica sobre la codificación ha estado bastante dejado de lado (26).

Después de haber indagado de forma difusa en los párrafos precedentes las posiciones de Thibaut y de Savigny es por tanto oportuno tomar en consideración el punto de vista de Hegel sobre este problema tan decisivo para su tiempo y para la cultura jurídica moderna. Los términos de esa polémica deberían emerger con bastante nitidez. Por una parte Thibaut afirma el principio de la supremacía de la legislación sobre la ciencia de los juristas, por otra parte Savigny somete a discusión dicho principio sobre la base de una teoría muy elaborada de las fuentes del derecho.

---

(24) A. F. J. THIBAUT-F. C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, op. cit., p. 176.

(25) Esto lo ha resaltado A. BARATTA, *La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del derecho*, en *Las fuentes del Derecho*, Barcelona, 1983, pp. 41-54.

(26) Véanse sin embargo las observaciones contenidas en el ensayo de O. D. BRAUER, *Dialektik der Zeit. Untersuchungen zu Hegels Methaphysik der Weltgeschichte*, Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann-Holzboog, 1982, pp. 40-42. Ahora también A. V. BOGDANDY, *Hegels Theorie des Gesetzes*, Freiburg-München, 1989, pp. 206-217.

Si uno se atiene al texto publicado (*Rph*) por Hegel no es difícil establecer de qué parte estaba. Las argumentaciones contenidas en ese texto, como ya se ha visto, no parecen dejar lugar a dudas. Aunque no se mencione nunca a Savigny, éste está presente en la polémica, a decir verdad, un tanto superficial, mantenida contra Hugo especialmente en la nota al §3 (27). Si luego se recuerda el contenido del §211 y la nota correspondiente en que Hegel identifica el derecho positivo con la ley, entonces resulta inequívoca su toma de partida favorable a la codificación.

También la publicación del curso de lecciones, más cercano en el tiempo al texto publicado (*Rph* III) parece confirmar ampliamente esta postura. En este curso Hegel, después de haber hecho una auténtica apología del *Code Napoléon* (*Rph* III p. 172), afirma de forma incisiva:

La forma en que el derecho es ley es una forma esencial. Cuando se pregunta qué es ahora derecho, de acuerdo a qué derecho puedo yo ser tratado, la respuesta es: aquello que es ley (*Rph* III p. 173. 3-6).

En el primer curso de filosofía del derecho del periodo berlinés (*Rph* II) Hegel, desde el prefacio, se presenta como el auténtico antagonista de las concepciones de la Escuela histórica del derecho. Es una pena que Homeyer, el autor del cuaderno de notas, aunque fiel alumno de Savigny, en relación al decisivo §104 se limitara a transcribir: «Un código es en sí y por sí absolutamente necesario» (Vocación del tiempo hacia la legislación, *Rph* II §104 p. 263. 24-25). Habría por lo tanto buenas razones para considerar cerrado el argumento, si la reciente publicación de la *Rph* I no presentase alguna sorpresa interesante.

Sólo en el primer curso de lecciones aparece explícitamente el nombre de Savigny. El orden problemático en el que se realiza dicha referencia ya ha sido analizado en otro lugar. Pero dicha referencia puede interpretarse ahora también como índice de un interés científico relativo por la obra de Savigny por parte de Hegel; interés que en cambio la polémica política, aunque soterradamente, consigue ya sofocar en Berlín. Esta hipótesis viene verificada también por algunos textos preliminares. Los elementos polémicos presentes en la Nota al §3 de *Rph* no vuelven a aparecer en la nota correspondiente del primer curso de lecciones (*Rph* I §1 A). Además en *Rph* I no hay señales del §211 de la obra publicada, párrafo éste en que es máximo el enfrentamiento con la Escuela histórica.

---

(27) Véase ahora a este respecto la reciente contribución de G. MARINI, «Ragione e storia nel diritto: per un'interpretazione sistematica del §3 della Filosofia del diritto hegeliana», en *Scritti in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè, 1990 pp. Los textos *Rph* I, II, III, hacen referencia a las distintas versiones de la *Rechtsphilosophie* o Filosofía del Derecho (*Rph* I y II: G. W. F. HEGEL, *Die Philosophie des Rechts. Die Mitschriften Wannemann* (Heidelberg 1817-1818) und *Homeyer* (Berlín 1818/1819), hrsg. von K.-H. Ilting, Stuttgart, Klett-Cotta, 1983; *Rph* III: G. W. F. HEGEL, *Philosophie des Rechts* (1819/20), hrsg. von D. Henrich, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1983).

Sobre la base de estos indicios creo que puede lanzarse una primera conclusión: la polémica con la Escuela histórica del derecho se inscribe de lleno en el periodo Berlínés. Ahora se trata de ver si, y en que medida, este mismo hecho haya podido influir en la postura de Hegel sobre la polémica acerca de la codificación. Dicho sea de entrada y con máxima claridad: también en las primeras lecciones de Heidelberg Hegel es sin lugar a dudas favorable al proceso de codificación. Pero todavía en estas lecciones parece indicar Hegel una posición original intermedia, e incluso diría, a fuer de parecer paradójico, de síntesis entre Thibaut y Savigny.

Ante todo Hegel no comparte ninguna de las ingenuidades propias a la ideología dieciochesca de la codificación que afloran todavía en Thibaut. Para Hegel, sin duda, un código es necesario, pero con la clara consciencia que se trata de una obra destinada a permanecer incompleta y constitutivamente abierta a continuas integraciones y perfeccionamientos:

Un código perfecto, completo es un ideal irrealizable; debe siempre ir perfeccionándose. Un código del derecho debe por tanto existir, pero este código se perfecciona siempre, se hace siempre (*Rph I* §109 A p. 126. 25-28).

Hegel reconoce por tanto la necesidad de una codificación del derecho privado y un poco más adelante (cfr. *Rph I* §115 A p. 133 18-19) observa que la codificación en materia penal es aún más necesaria que en materia civil; pero, aún haciendo suya la tesis de Thibaut, sostiene que dicho código no debería cerrar el curso de la historia en la cristalización de su propia imagen. Y con este argumento Hegel se acerca a las objeciones lanzadas por Savigny, o al menos demuestra tenerlas en cuenta.

Nótese que esta idea, aunque retocada, puede verse todavía en las versiones sucesivas de la *Filosofía del derecho*. Así, Hegel no escatima sus críticas al código prusiano (28). A la luz de una integración propuesta por Ilting esto puede colegirse de la nota al §105 de *Rph II*: «Las leyes son sólo formales. Como todas las cosas acabadas el código tampoco puede ser nunca completo. El error del *Allgemeine Landrecht fuer die Preussischen Staaten* fue el querer ser un código completo, perfecto» (*Rph II* §105 A p. 264. 6-9). Una crítica al código prusiano —aunque no declarada explícitamente— resulta de la obra impresa. Hegel en efecto escribe: «exigir de un código la perfección, para lo

---

(28) Según testimonio de Rosenkranz Hegel dispuso de este código, sobre el cual escribió observaciones que aún no han sido superadas (cfr. K. ROSENKRANZ, *G. W. F. Hegels Leben* (1844), traducción italiana, *Vita di Hegel*, a cargo de R. BODEI, Milano, Mondadori, 1974, pp. 105). La influencia de este código sobre la *Filosofía del derecho* la acentúa R. HÖCEVAR, *Hegel und der Preussische Staat*, München, Goldmann, 1973, pp. 13-53.

cual éste debería ser absolutamente completo y no susceptible de ulterior determinación es una pretensión que es significativamente una enfermedad alemana» (*Rph* §216 A p. 662. 25-28). Para sintetizar: un código sí, incluso antes que varios códigos, pero sabiendo que no supondrá la solución de todos los males. Un código con la más absoluta consciencia que dicho código no debe ir en busca de una perfección inalcanzable, ya que será el producto «de su pueblo» y «de su tiempo» (*Rph* II §104 A p. 263. 25-26) y será por ello susceptible de transformaciones e integraciones.

La solución hegeliana al problema de la codificación, expresada ya lúcidamente en el primer curso de lecciones, vuelve a aparecer ya en los cursos sucesivos, ya en el texto publicado de Hegel. Hasta este punto por lo tanto, no habría razones suficientes para hipotetizar una supuesta originalidad de *Rph* I: como mucho podría hablarse de una diversidad de acentos, debida a la polémica que Hegel lleva a cabo en Berlín contra la Escuela histórica. Pero esta primera impresión debe someterse a discusión.

En el primer curso de lecciones Hegel hace derivar de su postura sobre la codificación una consecuencia que en lo sucesivo no volverá a mencionar. Si en efecto un código es necesario, pero por otra parte será incompleto, entonces podría seguirse que todo el derecho positivo no se identificara con el derecho codificado, es decir, con la ley y junto a esta fuente del derecho se presentara inmediatamente el problema del rol y de la actividad del jurista (sea en cuanto científico o en cuanto juez [29]) en el campo de la producción del derecho; problema dejado de lado, cuando no dado por resultado un tanto ingenuamente por la doctrina del iluminismo jurídico a la que sin embargo Thibaut se inscribe. En efecto para este último las leyes simples, claras y sucintas, formando un sistema coherente y completo habrían reducido a términos casi mínimos la intervención de los juristas.

Uno de los aspectos más significativos de su primer curso de lecciones consiste en el hecho que Hegel no parece dispuesto a aceptar esta opinión. Si en el texto publicado Hegel se había detenido, en lo tocante a la relación entre derecho legislativo y derecho consuetudinario, para hacer resaltar la necesidad de un código (*Rph* §211 A), en este primer curso de lecciones la relación dominante es, por decirlo así, aquella entre derecho legislativo y derecho jurisprudencial. Lo que emerge de esta postura inicial de la *Filosofía del derecho* no es tanto la positivación del derecho en forma de ley cuanto más bien y sobre todo la complejidad del desarrollo del derecho en la sociedad. Al estar cons-

---

(29) La actividad del jurista en cuanto científico del derecho y la actividad del jurista como intérprete y aplicador del derecho (en particular como juez) son dos aspectos que se consideran diferentes. En la continuación de este artículo me ocuparé sobre todo de esta segunda actividad y especialmente, del rol del juez, aunque algunas observaciones puedan extenderse al rol de la ciencia jurídica.

titutivamente entrelazado con el «sistema de necesidades», el derecho debe tener una «existencia libre»:

El derecho formal funciona por representaciones. Ya que está imbricado en el ámbito de las necesidades y encuentra en ellas su contenido esencial, del mismo modo debe recibir como su sustancia una existencia libre de dicho contenido (*Rph I* §108 p. 125. 26-29).

En esta cerrazón del derecho respecto a la sociedad la ley desempeña un papel fundamental, pero no a costa de otros elementos, aquellos elementos que el mismo Savigny había intentado hacer valer en su polémica con la codificación.

La complejidad de la posición de Hegel se muestra en toda su amplitud en el párrafo §109 (y la nota correspondiente) de la *Rph I* con la cual se abre el capítulo dedicado a la administración de justicia. En la primera parte Hegel reafirma el rol de la ley en la administración de justicia. El que allí se de un sistema de leyes, en el nivel de la sociedad civil-burguesa, es dado por supuesto, ya que la actividad legislativa, en cuanto tal, pertenece a otra esfera: al Estado. Hegel dice:

Para la administración de justicia, como para las relaciones jurídicas reales, las leyes públicas se presuponen como algo válido de por sí, y vienen consideradas esencialmente como tales. La actividad de legislar misma pertenece a una esfera distinta de ésta (*Rph I* §109 p. 126. 3-6).

En la nota (que tomo en cuenta junto al párrafo ya que sigue a la par el corpus del mismo) Hegel, después de rebatir este punto añade:

Que la actividad de legislar y de dictar sentencia no puedan reconducirse a la misma persona resulta del hecho que si fueran unidas, el poder judicial haría las leyes a través de la actividad judicial y así la subsunción del caso particular en la ley no tendría lugar (*Rph I* §109 A p. 126. 15-18).

Hegel acepta la separación del poder legislativo y del judicial pero esta separación no implica, como en el paradigma clásico del iluminismo jurídico, la absoluta subordinación de un poder (el judicial) a otro (el legislativo). Esto me parece que resulta del modo de proceder en la argumentación en la segunda, y decisiva, parte del párrafo. Las leyes son sí fuente de producción del derecho, pero también lo es en igual grado la actividad judicial, y aquí el acento recae en especial sobre la actividad interpretativa-aplicadora del juez.

Las prácticas de los tribunales y las distinciones resultantes de los casos, aquello a partir de lo cual se desarrolla la necesidad de ulteriores determinaciones y el perfeccionamiento indeterminado del intelecto jurídico contrastan con la necesaria simpleza de las leyes (*Rph* §109 p. 126. 6-10).

Hegel no discute la legítima demanda de un código, pero subraya lo ilusorio que resulta pensar que su realización conseguiría reducir la actividad de los operadores del derecho a la aplicación mecánica de la ley. La misma necesaria simpleza del código a su vez requeriría una constante intervención interpretativa. Sobre esta cuestión Hegel se distancia netamente de los estrechos vínculos puestos a la interpretación por el *Allgemeine Landrecht fuer die Preussischen Staaten* (30). En esta crítica al código prusiano Hegel se mueve en la misma dirección que Savigny. Se abre así un amplio espacio para la actividad interpretativa y para la decisión judicial que Hegel no duda en definir: como «perfeccionamiento indeterminado del intelecto jurídico».

Hegel, de forma intencionada, no profundiza en estos temas porque piensa que se da una división del trabajo entre juristas y filósofos. No es labor del filósofo indagar el modo en que el «intelecto jurídico» se perfecciona: el filósofo debe más bien limitarse a atribuir un espacio bien determinado a dicha actividad competencia de los juristas. Es de notar el rol que juega la contraposición entre *Verstand/Vernunft* en el sistema hegeliano y puede resultar oportuno recordarla aquí en relación a este tema (31). Para Hegel la filosofía no debe ocuparse de lo accidental, está demasiado empeñada con la idea (razón), esto es, con el concepto y su realización, para poder al mismo tiempo ocuparse de lo que es simplemente contingente. En cambio el intelecto conduce a buen término su labor cuando, sin pretender alcanzar la cima de la razón, se desenvuelve entre las inmensas laderas de lo accidental y encuentra en ellas lo que ha de interpretarse y mejorarse. En este nivel pone Hegel la labor de un constante desarrollo del «intelecto jurídico».

Así, retomando una conocida metáfora, el núcleo de la ley se reviste de la corteza de la interpretación: el juez que tiene la ley ante sí, la

---

(30) El *Entwurf* de Suárez y Klein establecía (§§ 34-36) la prohibición al juez de interpretar la ley y la obligación de recurrir, en los casos dudosos, a la Comisión Legislativa. En la redacción definitiva (Einleitung §§ 46-48) aún se le permitía al juez la analogía *legis* y la analogía *iuris* para limitar el recurso a la Comisión Legislativa. *Cfr.* G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 492 e.s.).

(31) Véanse, sin embargo, a este respecto las interesantes observaciones de J. SCHILD, «Savigny und Hegel. Systematische Überlegungen zur Begründung einer Rechtswissenschaft zwischen Jurisprudenz und Philosophie», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 13/19 (1978-79), pp. 271-320.

debe aplicar al caso concreto y se mueve así en el ámbito de lo cuantitativo al que no alcanza el concepto. Debería estar claro ahora qué es lo que entiende Hegel al decir: «el desarrollo de las leyes jurídicas y la distinción de los casos es cuestión del intelecto» (*Rph* I §109 A p. 126. 19-20). Y es significativo que Hegel continúe destacando cómo la ley, con su carácter general, abstracto, no consiga nunca satisfacer completamente de igual modo la multiplicidad de los casos concretos. Estaría en todo caso fuera de lugar el querer atribuir a Hegel una propensión hacia el decisionismo equitativo, en cuanto que Hegel no deja de tener en cuenta el derecho reconocido en contacto con el caso concreto, y habla de una auténtica «*Rechtspflege der Billigkeit*» (*Rph* I §115 p. 132. 28-43). No es tanto que Hegel quiera primar esta dimensión equitativa, sino más bien ponerla junto a la legalista (formalista) reconociendo la importancia de ambos criterios.

Más allá de este aspecto específico, aquello que más le importa subrayar a Hegel es que la actividad interpretativa es en todo caso necesaria e inevitable dada la necesaria abstracción y generalidad de sus enunciaciones. Cuanto más generales y abstractos son los términos en los que el precepto jurídico se formula tanto más se advierte la necesidad de que sean reelaborados, adaptados y adecuados a los hechos del caso concreto. La interpretación de la ley es necesaria ya que la aplicación de la norma se refiere siempre y sólo a los casos particulares concretos. Es así que una vez codificado, el derecho tendrá una estructura constitutivamente abierta, o como dice Hegel, una «existencia libre».

Lo que Hegel quiere subrayar en particular es el elemento creativo del derecho judicial. La actividad interpretativa le parece un aspecto decisivo del mismo proceso de creación del derecho. Después de rebatir la necesidad de un código añade Hegel:

... en este campo de lo infinito la materia es empírica; las determinaciones del intelecto se dividen cada vez más: este es el terreno de los pros y de los contras, donde no hay nunca un final. Esta auténtica actividad judicial, esta práctica de los tribunales es aquello de lo que derivan originalmente todas las leyes; la auténtica jurisprudencia da decisiones que en tanto que adaptadas a los casos singulares se convierten en leyes generales; y así una ley se forma también por los *similiter judicatis*. Los tribunales no pueden ser órganos muertos de la ley, sino que siempre implican el intelecto y el entendimiento propio del juez (*Rph* I §109 A p. 126. 27-35).

Este pasaje es de notable importancia pues afirmaciones de este género no se encuentran en el texto publicado ni en los otros cursos de lecciones. Es precisamente este el punto en que mayor es la distancia

que le separa de Thibaut. Este pasaje parece lejano de las ideas de Hegel hasta tal punto que si se saca del contexto en que se inserta y se considera aisladamente nadie pensaría en atribuírselo. Aquí no sólo asigna a los juristas un rol decisivo en la formación y ulterior perfeccionamiento del derecho sino que llega al punto de declarar que la propia decisión judicial es el único momento en que es posible atribuir cognoscibilidad a la norma jurídica, ya que es «a través de la praxis de los tribunales por lo que se derivan todas las leyes». Leído de este modo Hegel estaría todavía más allá del mismo Savigny y anticiparía las modernas teorías del realismo jurídico. Pero esta interpretación, aunque pueda apoyarse en pasajes singulares, no se justifica completamente por el contexto.

El punto de partida de Hegel es más bien que el derecho, aun estando intrínsecamente ligado a la sociedad, debe cobrar autonomía respecto de esta y alcanzar una «existencia libre». Cuanto más compleja se hace la sociedad tanto mayor es el desarrollo de las determinaciones jurídicas que la regulan y «tanto más se desarrollarán las leyes, tanto más diversas se harán respecto a los casos concretos» y en consecuencia «tanto más dependerán el juicio y la aplicación de la subjetividad del juez» (*Rph* I § 115 p. 132. 32-34).

Esta es una cadena asociativa de la que Hegel es plenamente consciente. Sin embargo se le escapó a Thibaut y por ello fue el blanco de crítica de Savigny. Cuando Hegel dice que el juez no debe ser un mero órgano de la justicia, sino que más bien «su reflexión es muy relevante» (*Rph* I § 115 A p. 133. 24-25), está aludiendo claramente a la importancia de su función en una sociedad compleja. La decisión judicial se convierte en un hecho productivo de derecho junto a la mismísima ley.

Si se compara esta posición con la que emerge de la polémica sobre la codificación entre Thibaut y Savigny no se puede dejar de concluir que en su primer curso de lecciones Hegel acogió en gran medida las críticas lanzadas por Savigny a Thibaut. En efecto, Hegel habría podido sin más subscribir lo que Savigny achacaba a Thibaut manteniendo que «la peor situación ... es sin duda aquélla en la que el juez debe limitarse a aplicar mecánicamente al pie de la letra un texto dado que no puede interpretar», y por otra parte no habría compartido el optimismo ingenuo de Thibaut para quien «la felicidad de los ciudadanos no requiere de abogados doctos» (el discurso se refiere claramente a la totalidad del rango de los juristas) «sino de leyes simples». Se llega así a la sorprendente conclusión que en su primer curso de lecciones Hegel se interesó hasta tal punto por Savigny y por la Escuela histórica que fue inspirado por dicha Escuela.

Un análisis más profundo nos permite así entresacar del texto de Hegel una posición original, que teniendo en cuenta las razones de Thibaut y las críticas de Savigny supera a ambas. Para Thibaut el derecho era sólo lo que se manifestaba en forma de ley. Para «garantizar la fe-



licidad de los ciudadanos» era necesario superar la incertidumbre del derecho que permitía a los jueces actuar a discreción y superar tal situación sólo era posible vinculando la actividad del juez a un código constituido por leyes claras, simples y sucintas.

Esto es lo que sucedió en Francia con la introducción del código Napoleónico, y esto era en sustancia lo que auspiciaban en Alemania aquellos que, como Thibaut, luchaban a favor de la codificación. En el frente opuesto se declaraba Savigny, quien con su concepción, afirmaba el rol preponderante de la actividad de los juristas en la producción del derecho.

La intuición hegeliana, en este primer curso de lecciones, reside en mostrar la falsedad de tal alternativa. El juez no debe reducirse a aplicar mecánicamente la ley, ni tampoco está en condición de hacerlo por otra parte. Esto sólo sería posible si derecho y ley fueran una y la misma cosa. Pero la ley es sólo una norma abstracta y general válida para una multiplicidad de casos posibles, mientras que el juez debe siempre dar la decisión en una situación real concreta. La abstracción de la norma requiere del juez para ser aplicada al caso concreto. Es en este paso de lo abstracto a lo concreto donde el juez encuentra el espacio para llevar a cabo su labor creativa. La ley, como tal, representa sólo una garantía formal, pero el juez debe actuar de tal modo que al ciudadano no sólo le sea garantizada la seguridad formal sino que también se haga justicia concreta. Es labor del juez actuar de tal forma que la determinación abstracta de la ley en contacto con los casos concretos de la vida pueda hacerse concreta, y para llevar a cabo dicha labor debe tener un margen suficiente de intervención y de libertad. Debe operar de tal modo que las determinaciones de la ley puedan perfeccionarse libremente. Si surgiera un conflicto entre el formalismo de la ley y el derecho justo del ciudadano el juez debe primar este último:

En un testamento por ejemplo faltan algunas formalidades, que parecen completamente insubstanciales, y todo el testamento se derrumba. El juez puede decir: si estas formalidades fueran ignoradas podrían darse falsos testamentos. Pero de este modo el juez actúa en interés de la ley y quiere primar al auténtico derecho antes que a una posibilidad, a una posibilidad remota. Al hombre sencillo le debe parecer algo horrible el que la ausencia de una formalidad, la vaga posibilidad que pueda verificarse una falsificación de un contrato lleve a una sentencia contraria al auténtico derecho... En el ordenamiento judicial debe haber formalidades para el conocimiento cierto del derecho. Estas formalidades no deben obstaculizar el derecho; en caso de colisión entre el derecho y el formalismo debe ceder el paso el formalismo (*Rph I* § 115 A p. 133. 5-13 y 20-22).

La distinción que hace Hegel entre ley y derecho es fundamental. Está en la naturaleza de la ley que sea universal, que haga abstracción de los casos concretos y adquiera así validez general. Pero esta característica de la ley hace que represente sólo un momento en la vida de la realización del derecho. Otro momento viene representado por la actividad del juez que debe llevar la ley a la realización concreta. En este punto del argumento el formalismo de la ley, si no negado en abstracto, si es relativizado o superado dialécticamente. En un pasaje de la nota arriba citada Hegel dice:

El derecho debe por lo tanto acaecer como derecho, pero los tribunales deben decidir según sus fórmulas y no pueden prescindir de la ley formal (*Rph* I § 115 A p. 133. 33-34).

El juez debe decidir en una situación concreta, en un aquí y en un ahora; debe asegurarse de que se haga justicia, de que se realice el derecho, pero la actividad de los tribunales, en cuanto innovadora respecto de la ley, permanece dependiente de ésta. En efecto Hegel, aun reconociendo la falsedad de la imagen que reduce la función del juez al mero automatismo de la subsunción, no acepta la idea que equipara tal función a la del legislador. La relación del juez con la ley no debe entenderse como si la actividad de éste pueda sustituir a la del legislador. Toda decisión judicial depende de la ley, presupone la ley. Ninguna decisión judicial sería posible sin la existencia de una norma. Las actividades del juez y del legislador deben mantenerse separadas y distintas. Hegel lo afirma en un pasaje ya citado (cfr. *Rph* I § 109 A p. 126. 15-18) en el que observa que si las dos actividades se unieran entonces el juez se encontraría en condiciones de deber producir él mismo la norma para el caso concreto sometido a juicio y de esta manera «ya no tendría lugar la subsunción». Aquí habla Hegel de «*Subsuntion*» pero ello no significa que acepte la imagen según la cual la decisión judicial se reduce a una mera subsunción del caso concreto bajo la ley. Ciertamente tal subsunción debe tener lugar, pero constituye una parte y no la más importante de la actividad del juez. Si Hegel habla de «subsunción» es porque la decisión del juez no es una creación originaria del derecho sino el resultado de una actividad referida a la actividad del legislador, a la ley. En este sentido hay subordinación de la decisión judicial en su encuentro con la ley, pero se trata de una subsunción innovadora o creativa. En este sentido la aportación del juez depende de la ley. Una subordinación razonable del juez a la ley, aún reconociendo el carácter innovador de su actividad, sigue siendo la mejor garantía para la seguridad del ciudadano y es además la elección políticamente más coherente con la exigencia de una mayor transparencia y publicidad del poder. Desde este punto de vista Hegel, sin duda, presenta trazas del iluminismo jurídico. El subraya en efecto la importancia de someter la actividad del juez al control crítico de

la opinión pública: la institución del jurado, la forma colegiada y la publicidad de los tribunales se introducen con esta finalidad (cfr. *Rph* I § 116 e A).

Por otro lado Hegel sostiene como fundamental establecer una relación de mutua fe entre el ciudadano y el jurista. Esta fe es de extrema importancia en cuanto que la creciente complejidad de las relaciones sociales lleva consigo a su vez un desarrollo de las determinaciones jurídicas de modo tal que el ciudadano no está ya en condiciones de tener plena conciencia de las mismas. En una situación tal, en la que el derecho, en cuanto sistema de leyes cada vez más complejo y automatizado, parece hacerse extraño y ajeno a la conciencia del hombre, es tarea del jurista actuar de tal modo que este sentido de alienación pueda superarse a través de su actividad concreta.

Para el individuo la administración de justicia y el procedimiento judicial se convierten en un auténtico destino, un poder completamente ajeno. El mismo derecho, en el que el hombre debe tener conciencia de su libertad, el derecho y sus procedimientos se convierten para él en un poder extraño. Los costos que requieren los juristas y el Estado operan de tal forma que el hombre vea en contra suya una conjura desde las altas esferas, una conjura de las clases superiores que crean una laceración entre el hombre y su derecho. El hombre sólo alcanza a conocer el derecho con respecto a sus líneas generales. Desde el punto de vista subjetivo, el individuo no sabe cómo le afecta el derecho. En lo tocante a este extrañamiento del derecho respecto a la conciencia subjetiva debemos agradecer a los miles de jóvenes alemanes que estudiaron el derecho romano en Bolonia. Una de las cosas más importantes es que a causa de la multiplicación de las leyes, de no ser por ellos ya no sería posible recuperar la confianza entre el jurista y quien exige justicia (*Rph* I § 116 A p. 134. 13-24).

El juez se encuentra así en el centro de un movimiento doble: por una parte depende del formalismo de la ley, por otra debe superar tal formalismo y decidir de acuerdo con la justicia. Estos dos aspectos, el de la dependencia y el del carácter innovador de la actividad judicial en la aplicación de la ley deben ser tenidos en cuenta. De otro modo se cae o bien en el extremo de infravalorar el rol del juez o bien en el opuesto, de supervalorarlo. El carácter de la dependencia del juez respecto a la ley garantiza al ciudadano su seguridad formal y la certeza del derecho. El carácter innovador de la actividad judicial es en cambio aquél del que puede esperar el ciudadano que se le haga justicia.

Estos dos caracteres no están necesariamente contrapuestos sino que se complementan mutuamente. En esta complementariedad el de-

recho de los juristas no aparece ya como un derecho que se contraponen a la ley. La función ideológica de tal contraposición era evidente en la época de Hegel y constituía el nudo del desacuerdo entre Thibaut y Savigny. Quien como Savigny «quería salvar la ciencia contra los códigos» (para retomar la conocida expresión de Hugo) quería en realidad salvar las prerrogativas de la clase de los juristas frente al legislador. El derecho de los juristas debía limitar el rol preponderante del derecho legislativo.

Así Savigny en la época de la restauración representó sin duda una posición conservadora, aunque la tesis del derecho de los juristas (una vez aclarado que entre legislación y jurisprudencia no hay relación de exclusividad sino de complementariedad) no es de por sí señal de una política conservadora. En otro contexto histórico la subordinación automática del juez a la letra de la ley y la falta de reconocimiento del carácter innovador de su actividad podría contribuir a formar en el juez (y en el jurista) una actitud servil, de mera aceptación de cualquier legislación. En los orígenes del derecho burgués, en definitiva, Hegel se oponía a Savigny, pero, como hemos intentado probar, ello no significa que aceptara de lleno la solución ofrecida por Thibaut.



La representación del presidente: Naturaleza y contenido  
(*Examen del artículo 12 de la Ley de  
Propiedad Horizontal*) \*

EMILIANO MUÑOZ DE DIEGO  
Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** I.— Introducción. II.— Naturaleza jurídica: II.1. Postura doctrinal. II.2. Postura del Tribunal Supremo. III.— Contenido del poder de representación del presidente: III.1. Facultades en la esfera extraprocésal. III.2. Facultades en la esfera procesal.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es analizar una de las facultades que la Ley de la Propiedad Horizontal otorga al único órgano personal esencial de la organización de la propiedad horizontal.

Conviene puntualizar que el Preámbulo de la Ley dice que el cargo de presidente «lleva implícita la representación de todos los titulares en juicio y fuera de él, con lo que se resuelve el delicado problema de legitimación que se ha venido produciendo». Obsérvese el hecho de que el legislador no menciona otras facultades que los preceptos legales atribuyen al presidente, tal silencio hace razonable pensar que la función representativa tiene carácter primordial. Y precisamente por esto, pienso que un estudio sobre los caracteres de la representación del presidente puede contribuir a entender mejor esta figura.

Igualmente hay que señalar, que no existe una clara delimitación en cuanto a la naturaleza jurídica, el contenido del poder de representación y los límites del poder; de ahí, que este trabajo aspire a dar respuesta a estas cuestiones.

---

\* A la memoria de mis abuelos, Isidoro y Cecilia.

## II. NATURALEZA JURÍDICA

### II.1. POSTURA DOCTRINAL

En el estudio de la actuación representativa del presidente es imprescindible el problema de la determinación de su naturaleza jurídica. Esta cuestión ha suscitado una discusión doctrinal acerca de si esta facultad representativa es una representación legal o si, por el contrario, se trata de una representación orgánica. (1 bis)

Sin entrar con demasiada minuciosidad en el fondo de la polémica puede describirse las diferentes teorías así:

#### A) *Teoría de la representación legal:*

Algunos autores (1) sostienen que la representación del presidente es un supuesto de representación legal y fundan su opinión, en primer lugar, en el párrafo primero del art. 12 LPH. Esta norma establece que la representación de la comunidad, tanto en juicio como fuera de él, se atribuye a un órgano de la misma: el presidente, de modo que el poder de representación es otorgado por la Ley al presidente por virtud de su cargo. Ello confirma que se dan dos de los requisitos que la doctrina (2) ha señalado como indispensables para que una representación sea de carácter legal, pues la representación de la comunidad se confiere por la ley a la persona que ocupe el cargo de presidente, dejando de ser representante de la misma cuando cese en el cargo.

Otro argumento que utiliza este sector doctrinal se basa también en el párrafo primero del art. 12 LPH, cuando señala que el presidente representa a la comunidad «en los asuntos que la afecten». Sin duda, en el precepto transcrito hay una delimitación del ámbito de facultades que la Ley concede al presidente, sin que el alcance de este poder pueda modificarse mediante los estatutos por razón de la seguridad en el tráfico, en efecto, cualquier tercero sabe cuándo el presidente no actúa con eficacia para la comunidad porque su representante está excediéndose del contenido de su poder. (3)

---

(1 bis) COCA PAYERAS. —Comentario a la Resolución DRGN 7 de julio de 1986. Cuadernos Cívitas, n.º 13, p. 4201—, al pronunciarse sobre cuál es el carácter del presidente, pone de manifiesto que junto a la representación orgánica y a la representación legal, existe otra posibilidad de resolver la cuestión, la llamada representación voluntaria, que se desprende de la propia Exposición de Motivos de la LPH, así como del art. 12.1 LPH, en cuanto señalan que el cargo de presidente es elegido por los condóminos.

(1) MARTÍN GRANIZO «Comentario al art. 12 LPH», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1981, p. 292 y ss. ZANON MASDEU, «Propiedad de casas por pisos», Barcelona, 1964, p. 479 y ss.

(2) En este sentido, DÍEZ-PICAZO, «La representación del Derecho Privado», Madrid, 1979, p. 131 y ss. ALBALADEJO, «Derecho Civil», Tomo I, Vol. 2, Zaragoza, 1980, p. 436 y ss.

(3) Así lo manifiesta MARTÍN GRANIZO, *ob. cit.*, p. 352: «Esta representación viene delimitada a aquellos asuntos que afecten a la comunidad de propietarios.

Asimismo, en favor de este planteamiento, MONTES (4) aduce el hecho de que «el presidente, como en general, los representales legales no pueden cumplir sus deberes actuando en nombre propio, sino que debe actuar necesariamente en calidad de representante, ya que no es posible la adquisición en nombre propio y la sucesiva transferencia al representado. La actuación del representante pone en ambos casos en relación directa al representante con el tercero, de tal forma que bien se puede decir que la representación es un requisito esencial de la misma relación de gestión».

Este argumento se apoya en considerar como indiscutible que en la representación legal no es admisible la actuación en nombre propio. Sin embargo, puede objetarse que es posible la actuación del representante legal en su propio nombre al no quedar prohibida esta modalidad de actuación por ningún precepto del Código.

No obstante, otro sector doctrinal considera que la tesis de que el presidente es un representante legal, significa transformar la representación legal en una clase de representación muy confusa y extensa, al no reunir otras particularidades de la categoría. La representación legal se distingue de la representación del presidente, como indica MONTES (5), en que:

a) mientras la representación legal presupone necesariamente la falta de capacidad del representado (6); en cambio la representación del presidente no opera para suplir la falta de capacidad del principal, sino en beneficio de una mejor dirección de la comunidad.

b) mientras que el representante legal tiene facultad de conformar la esfera jurídica ajena por operar él mismo sin tener en consideración la voluntad del representado (7); en cambio, la actuación del presidente está sometida a la voluntad de la comunidad acordada en Junta de propietarios.

c) mientras los actos efectuados por el representante legal en el cumplimiento de sus funciones no se encuentran sometidos a ningún control (8); la gestión representativa del presidente, en cambio, además de venir sometida a responsabilidad, como determina el párrafo prime-

---

En consecuencia, cuando se trate de cuestiones relativas a los pisos o locales, sin conexión con la copropiedad sobre los elementos y servicios comunes, la legitimación tanto activa como pasiva corresponderá en principio a cada titular». *Vid.* También la STS de 6 de diciembre de 1969.

(4) MONTES PENADES, «La propiedad horizontal como colectividad organizada (Anotaciones a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo)», *Anuario de Derecho Civil*, 1972, p. 908 y ss.

(5) MONTES PENADES, *ob. cit.*, p. 909. COCA, *op. cit.*, p. 4202.

(6) Que la representación legal presupone la falta de capacidad del representado se puede ver en GULLÓN BALLESTEROS, «Curso de Derecho Civil, el negocio jurídico», 1969, p. 232; LACRUZ BERDEJO, «Elementos de Derecho Civil» Tomo I, p. 285. No son de la misma opinión, SANTOS BRIZ, «Derecho Civil», Tomo I, Madrid, 1978, p. 66 y ALBALADEJO, *ob. cit.*, Tomo I, p. 436 y ss.

(7) *Vid.* LACRUZ, *ob. cit.*, p. 662.

(8) *Vid.* LACRUZ, *ob. cit.*, p. 662.



ro del art. 13 LPH, cabe que el presidente sea cesado del cargo antes de concluir su mandato, por supuesto el acuerdo de remoción debe adoptarse en junta extraordinaria de propietarios, como dispone el apartado quinto del art. 12 LPH.

Como se observa este planteamiento crítico llega a la deducción de que es inadmisibile que la representación del presidente, sea de carácter legal, sobre la base de las discrepancias que existen entre representación legal y la representación del presidente. Se percibe, con absoluta evidencia, que el punto de partida de esta postura es que tales discordancias son fundamentales y, por consiguiente, la solución final es que no estamos ante un supuesto de representación legal.

Esta opinión crítica merece una reflexión detenida que debe centrarse en averiguar cuáles son los rasgos definitorios y esenciales de la representación legal. La doctrina (9) subraya como rasgos fundamentales distintivos de la representación legal, por una parte, que los poderes del representante legal emanan directamente de la ley, por otra, la ley, prescindiendo por completo de la voluntad del representado, designa al representante.

Como puede comprobarse la doctrina no considera como características definitorias las discrepancias entre la representación legal y la representación del presidente. Por ello, la consecuencia debe ser el rechazo de las críticas atribuidas por el sector crítico a la teoría de la representación legal.

A la luz de cuanto previamente se ha señalado como rasgos definitorios de la representación legal, puede afirmarse inequívocamente que la representación del presidente cumple estos rasgos, salvo la determinación legal de la persona a quien atañe el poder de representación, pues el art. 12.1 LPH precisa que son los propietarios quienes escogen entre ellos un presidente.

Cabe preguntarse si resulta decisivo la falta de este rasgo para determinar su exclusión como representante legal. He aquí la cuestión fundamental que hay que solucionar previamente pues, sólo así, podrá admitirse o rechazarse el carácter legal de la representación del presidente. DIEZ-PICAZO (10), que ha estudiado la representación con detenimiento, considera que hay dos casos de representación legal: los poderes *ex lege* en sentido estricto, en esta modalidad se encuentran los casos que reúnen todos los rasgos distintivos, y en un sentido más amplio, hay unas hipótesis mixtas o híbridas en donde quien otorga el poder de representación en favor de una persona no es la ley, sino la voluntad del representado. Conforme con este acertado planteamiento

---

(9) Así, DIEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 131; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 437; SANTOS BRIZ, «Derecho Civil», Tomo I, Madrid, 1978, p. 661.

(10) DIEZ-PICAZO, *ob. cit.* p. 131.

resulta evidente que la representación del presidente es una hipótesis mixta o híbrida de la representación legal.

### B) Teoría orgánica

Frente a la anterior tesis, se encuentra la que llamo teoría orgánica que abarca dos posturas:

a) Aquéllos que piensan que la representación del presidente es una representación orgánica y, en este sentido, actuaría como voluntad del ente comunitario, dentro del ámbito de sus facultades. Los argumentos que extraen a favor de esta postura vienen dados por la naturaleza del acto de nombramiento del presidente y el carácter perpetuo del cargo (11).

b) Quienes señalan que esta representación está ubicada en una zona intermedia entre la representación orgánica y la voluntaria, por tanto, el presidente actúa como un órgano de la comunidad de propietarios. Esto significa que los actos ejecutados por el presidente se consideran, no como hechos en nombre de la comunidad, sino como si ésta misma los hubiera efectuado (11 bis).

Aunque las diferencias entre ambas posturas son evidentes (12), intento unificarlas, por ser comunes las objeciones. Por ello, quiero advertir al lector, que, a partir de ahora, cuando hable de la teoría orgánica o de la representación orgánica, me refiero a ambas posturas.

Sin ninguna duda, para que se califique la naturaleza de la representación del presidente como representación orgánica, es necesario que represente a un ente colectivo y, además, que dicho ente tenga personalidad jurídica, esto es, un ente con individualidad diferente de los copropietarios, sujeto de derechos y deberes y con una capacidad de obrar. Sentado lo anterior, lo importante es comprobar si se cumplen estos requisitos necesarios:

**B.1)** En primer lugar, debe hablarse si el presidente representa a un ente colectivo. El primer obstáculo que es necesario superar, consiste en averiguar quién es el principal de esta representación, si se trata de los titulares de los pisos, basándose en el texto del Preámbulo de la

(11) MONTES, *ob. cit.* p. 911 y ss. COCA, *op. cit.*, p. 4202. CABANILLAS SÁNCHEZ. Comentario a la STS 8 de marzo de 1991, Cuadernos Civitas n.º 26, p. 424.

(11 bis) PUIG BRUTAU, «Fundamentos de Derecho Civil», III-2.º, Barcelona, 1979, p. 122 y ss.; ESPIN CÁNOVAS; «Manual de Derecho Civil español»; Vol. 2, Madrid, p. 269 y ss.; SAPENA, «Organos de propiedad horizontal. Toma y eficacia de sus resoluciones», *RDP*, 1978, n.º 525, pp. 325 y ss.; VENTURA-TRAVESET, «Derecho de propiedad horizontal», Barcelona, 1966, p. 347 y ss.; CÁMARA, «Insuficiencia normativa de la LPH», Madrid, 1973, p. 170 y ss.; SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, Tomo II, p. 304 y ss.; LACRUZ BERDEJO, «Derechos reales» III, Vol. 2.º, 1989, p. 333.

(12) *Vid.* ALBALADEJO, *ob. cit.*, Tomo I, p. 374 y ss. y Tomo II, p. 383; SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, Tomo I, p. 662.

Ley, o en cambio, si se trata de la comunidad de propietarios, como dispone el art. 12.1 LPH. Como se ve, se trata de dos soluciones total y absolutamente contradictorias contemplando el mismo problema, el Preámbulo de la Ley niega que el representado sea la comunidad, lo que el art. 12.1 LPH afirma.

Por eso, una vez reconocido el hecho innegable de la contradicción textual, el siguiente paso es superar tal contradicción interpretativamente. Algún intento ha habido de evitarla diciendo que hay un uso impropio de la expresión «comunidad» en el art. 12.1 LPH (13). Es evidente que conlleva una rectificación arbitraria del precepto que se interpreta así contra su texto.

Otros autores (14) piensan que dicha contradicción es superable partiendo de la idea de que la norma legal prevalece sobre lo dispuesto en el Preámbulo de la Ley.

A mi juicio, tal contradicción no existe si se interpreta correctamente la frase «el presidente representa a todos los titulares». Para conseguir esta tarea hay que tener en cuenta dos datos, por un lado, conviene tratar de averiguar a quiénes se engloba bajo la expresión «todos los titulares». Hay que tener en cuenta que el fundamento que subyace en la creación de unos órganos de gestión y administración, entre los cuales se encuentra el presidente, según el preámbulo es «una concurrencia de una colectividad de personas en la titularidad de derechos que, sin perjuicio de una sustancial individualización, recaen sobre fracciones de un mismo edificio y dan lugar a relaciones de interdependencia que afectan a los respectivos titulares». De acuerdo con esta finalidad es necesario entender que el significado de «todos los titulares» es una pluralidad de personas que son propietarios proindiviso sobre los elementos comunes del edificio por ser necesarios para su uso y disfrute y no ser susceptible de un aprovechamiento independiente, tales como el suelo, vuelo, etc.

Otro dato es la necesidad de interpretar la frase del Preámbulo atendiendo no sólo a los preceptos de la LPH aisladamente, sino también a las normas de nuestro Código y en armonía con ellas. Esta necesidad es consecuencia de que el ordenamiento jurídico constituye un sistema que aspira la unidad y la supresión de contradicciones.

Por esta razón, cuando el Preámbulo utiliza la expresión de «todos los titulares» para referirse a un conjunto de personas que son propietarios de unos elementos comunes de un inmueble, en conformidad con el párrafo primero del art. 392 Cc. se puede afirmar que aquí hay una comunidad porque se reúnen todos los presupuestos que exige esta norma, y cuando esto ocurre, como dice MIQUEL GONZÁLEZ (15) «la consecuencia jurídica es que entonces hay comunidad» al tratarse «de un efecto automático que deriva de la cotitularidad».

---

(13) ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, p. 93.

(14) MONTES, *ob. cit.*, p. 912.

(15) MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario al art. 392 Cc», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, 1991, Madrid, pp. 1066 y ss.

Por ello, hay que rechazar la opinión de quienes sostienen que el presidente es un representante orgánico de los propietarios en cuanto titulares de los elementos comunes, basándose en que no puede ser de ninguna manera órgano de una «persona imaginaria» (16). La inadmisibilidad de este planteamiento resulta del art. 391.1 Cc, pues, como dice MIQUEL GONZALEZ «no cabe que dos personas cotitulares de un mismo derecho y proindiviso no estén en comunidad» (17).

La corrección de aplicar el art. 392.1 Cc para interpretar el Preámbulo de la LPH se desprende también de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo (18) ha declarado que la llamada propiedad horizontal, aunque es una institución jurídica de naturaleza compleja a la que es inútil buscarle semejanzas para que sea absorbida por otros tipos clásicos, ello no impide aplicar el régimen de la comunidad de bienes, tanto para acoplar las normas de la LPH, como disciplina supletoria.

De lo dicho resulta que cuando el Preámbulo dice «todos los titulares» no nos coloca ante un conjunto de titulares individualmente considerados, sino ante una comunidad de propietarios.

**B.2)** En segundo lugar, cabe plantearse si la comunidad de propietarios tiene personalidad jurídica. Indudablemente para que se califique a la representación del presidente como representación orgánica, no basta con que el presidente represente a una comunidad de propietarios, se requiere en este ente comunitario una auténtica personalidad jurídica.

Como se sabe, para que un ente colectivo sea persona jurídica es necesario que la ley atribuya expresamente a ese ente colectivo esta cualidad (19). Este requisito no está presente en el supuesto que se estudia, pues, aquí no hay un precepto que conceda la personalidad jurídica a la comunidad de propietarios. (19 bis)

---

(16) ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, p. 93.

(17) MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 1067.

(18) STS de 2 de abril de 1971.

(19) ESPIN, *ob. cit.*, Vol I, p. 387 y ss.; PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, I-1.<sup>o</sup>, pp. 645 y ss.; LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, Tomo I, p. 187; ALBALADEJO, *ob. cit.*, I, p. 385 y ss.

(19 bis) Esta solución es aceptada generalmente por los autores. *Vid.* COCA, *ob. cit.*, p. 4200, una vez realizada la observación de que el problema de la personalidad jurídica solamente puede plantearse cuando la Comunidad se considera como un ente colectivo, es decir, desde su perfil externo, estima que no hay fundamento legal sólido en nuestro ordenamiento para pensar que la Comunidad tiene personalidad jurídica, en cuanto que no existe un precepto que afirme esa personalidad, ni en la LPH, ni en el Cc, siendo que el art. 35 Cc efectúa una descripción de las personas jurídicas de manera cerrada, y en el núm. 2, de estricta aplicación porque la Comunidad se incluiría en las «asociaciones de interés particular» civiles, les exige que «la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados».

En esta línea Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, Vol. I, 1981, p. 539; ZURRILLA CARIÑANA, *Comentario a la Resolución de 5 de febrero de 1992, Cuadernos Civitas*, n.<sup>o</sup> 29, p. 390 a 392; HERRERO GARCÍA, «La Junta de Propietarios y la función representativa del Presidente en la Ley de Propiedad Horizontal», *Rev. de D.<sup>o</sup> Privado*, 1977, p. 422.

El hecho de que la comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica, supone una discusión doctrinal con el objeto de salvar este obstáculo y afirmar la corrección de la teoría orgánica.

Para algunos, en especial SAPENA (20), la comunidad carece de personalidad jurídica y no hay una exigencia que precise tenerla. El argumento que utiliza para justificar la carencia de personalidad jurídica en la comunidad, son las múltiples diferencias existentes entre ésta y la asociación:

a) Los sujetos se agrupan en una asociación para alcanzar un fin común que redunde en beneficio del asociado o en el de la sociedad; en cambio, en la propiedad horizontal se encuentra el uso y disfrute de unos bienes privativos: los pisos.

b) El fin de la asociación es algo separado y superior a la voluntad de los socios; mientras en la comunidad los bienes comunes están al servicio de los titulares.

c) La adquisición o renuncia de la condición de socio depende de la voluntad de la persona; por el contrario, dicha posibilidad no existe en la comunidad, donde el propietario de un bien privativo es obligatoriamente cotitular de los bienes comunes.

Esto significa que la comunidad, ni puede ser sujeto de derechos y deberes, ni tampoco puede tener capacidad de obrar. De este modo, ALONSO PEREZ (21) señala que el presidente es el representante orgánico, no de la comunidad, porque no es un órgano de persona imaginaria, sino de los propietarios en cuanto cotitulares de los elementos comunes.

En cambio, MONTES (22) sostiene que el hecho de que la comunidad de propietarios no sea persona jurídica no es, en absoluto, incompatible con que la Ley atribuya a la comunidad la aptitud de ser titular de las relaciones jurídicas que le afecten, lo único que ocurre es que esa capacidad es limitada. Este planteamiento queda demostrado por el autor al examinar los supuestos en que la Ley atribuye capacidad a la comunidad:

1.— La comunidad es el titular pasivo de las obligaciones conсорciales, como se desprende del art. 9.5 LPH cuando dice: «gastos generales, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización». En efecto, el tercero acreedor podrá reclamar judicialmente a la comunidad de propietarios el cumplimiento de la obligación, pero nunca podrá demandar su cumplimiento a uno de los copropietarios.

2.— Por otra parte, el art. 9.3 LPH otorga a la comunidad la titularidad de un derecho real de servidumbre, que le autoriza para requerir la constitución de las servidumbres imprescindibles para la creación

---

(20) SAPENA, *ob. cit.*, p. 235; SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, Tomo III, 1973 p. 306 considera la comunidad de propietarios como un ente colectivo desprovisto de personalidad propia.

(21) ALONSO, *ob. cit.*, p. 93.

(22) MONTES, *ob. cit.*, p. 913 y ss.

de servicios comunes de interés general. Que la comunidad ostenta la titularidad de la servidumbre, se deduce, no sólo del modo de expresarse la norma, cuando requiere para la constitución de esta servidumbre que el precio dominante sea «el servicio común», siendo su titular la comunidad, sino también cuando el precepto exige el acuerdo de las cuatro quintas partes de los propietarios reunidos en Junta de propietarios, órgano de deliberación y de toma de decisiones que la doctrina equipara a la comunidad.

3.— Por último, el art. 19 LPH otorga a la comunidad la facultad de instar judicialmente la privación del uso al titular, así como ejercitar las acciones para obtener del juez la resolución del contrato y el correspondiente lanzamiento del ocupante, siempre que el propietario no ejercite la acción en el plazo señalado por la comunidad

Después de la modificación de la LPH por Ley 2/88 de 28 de febrero, creo que también sirve de apoyo a esta tesis la regla quinta del art. 9 LPH, norma que impone a cada propietario la obligación de contribuir a los gastos comunes, siendo decisivo su párrafo segundo cuando dice «siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios», pone de relieve que la comunidad es el titular del derecho subjetivo de crédito, con el poder de exigir judicialmente la prestación al deudor moroso.

A mi modo de ver, la solución defendida por MONTES me parece más acertada. En todo caso, conviene señalar que resulta claro que la personalidad jurídica es atribuida expresamente por ley a un ente colectivo, con la consecuencia de ser sujeto de derechos y obligaciones. Ahora bien, de lo anterior, no parece forzoso deducir, que un ente colectivo sólo puede ser sujeto de derechos y obligaciones cuando tiene personalidad jurídica. Hay que tener en cuenta que la Ley atribuye a la comunidad de propietarios la titularidad de ciertos derechos, aunque carece de personalidad jurídica; de donde resulta la necesidad de admitir la posibilidad de unos casos, que sin tener la consideración de persona jurídica, son sujetos de derechos y deberes (23).

La doctrina (24) advierte que la representación de la comunidad no se atribuye exclusivamente al presidente, pues en la esfera extraprocesal, el art. 18.6 LPH concede a la junta la facultad de otorgar al administrador la representación de la comunidad, y en la esfera procesal la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la legitimación activa de los propietarios para interponer acciones en beneficio de los intereses comunes, prescindiendo del presidente. Por esto dice CÁMARA (25), con razón, que el carácter orgánico de la representación del presidente se ha debilitado y ello significa que «la representación que ostenta el presidente se confiere y ejerce *sub specie communitatis*».

---

(23) MONTES, *ob. cit.*, p. 915. Esta misma idea ha sido mantenida por CAPILLA, «La persona jurídica», Madrid, 1984; GALGANO, «Delle persone giuridiche (art. 11-35)», en el *Comentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja*, Bologna, Roma, 1969. DE CASTRO y BRAVO, F.: «La persona jurídica», 1981, p. 267 y 269.

(24) CÁMARA, *ob. cit.*, p. 170 y ss.

(25) CÁMARA, *ob. cit.*, p. 172.

## II.2. POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Conviene conocer la respuesta de la doctrina jurisprudencial acerca de la discusión que se plantea sobre la naturaleza de la representación del presidente.

A pesar del claro texto del art. 12.1 LPH, que confiere al presidente la representación de la comunidad en los asuntos que afecten a la misma, tanto en juicio como fuera de él, la jurisprudencia indica que no cabe pensar que es una representación en sentido técnico. La exactitud de esta conclusión no sólo resulta de que sus actos no son de representación aislada e independiente que precise en cada momento unos poderes específicos, sino que, además se ve confirmada específicamente en que no consta por ningún lado que obre en virtud de la concesión de una procura de carácter general (26).

La misma idea está latiendo en la sentencia de 29 de mayo de 1984, donde se afirmó que el presidente no es un representante legal, ya que la voluntad de los propietarios en régimen de propiedad horizontal tiene un carácter determinante tanto en la designación del presidente, como en la duración de su cargo al poder «ampliar o reducir el plazo legal de un año que tiene de vigencia, pues según el párrafo cuarto del art. 12 de la Ley, los Estatutos —que son la ley privada de la comunidad, libre y voluntariamente convenida— pueden establecer otra cosa permitiéndose la prórroga tácita por períodos iguales, y sobre todo, a tenor del párrafo quinto del propio artículo, en todo caso, el presidente puede ser removido en Junta extraordinaria convocada al efecto, sin que se exija en la Ley que medien causas justificativas para hacerlo».

Consecuentemente con este planteamiento, ateniéndonos a nuestra clasificación, el TS parece inclinarse por la teoría orgánica. Ahora bien, convendría distinguir, dentro de la jurisprudencia aquellas sentencias que concluyen que la actuación del presidente está colocada por su naturaleza en una zona intermedia entre la representación orgánica y la meramente voluntaria, y aquellas que señalan otra orientación (27), pues entienden que se trata de una representación orgánica, y en este sentido actúa como un órgano del ente comunitario sustituyendo con su voluntad la social común, lo cual elimina la distinción y contraposición de sujetos típicos de la representación que permite al propio tiempo considerar los actos realizados por el presidente no como hecho en nombre de la comunidad, sino como si esta misma fuese quien lo hubiera realizado, sin perjuicio de la relación interna entre dicho presidente y la junta de propietarios, a quien deberá responder de su gestión en el supuesto de que su actuación no se «hubiera ajustado a las normas legales de orden general o del particular contenidas en los Estatutos que rigen la vida de

(26) STS de 19 de junio de 1965.

(27) La primera postura se mantuvo en las sentencias de 9 de enero de 1984, 15 de enero de 1988, 17 de junio de 1988, 27 de marzo de 1989, 1 y 3 de julio de 1989 y 25 de mayo de 1987, entre otras. A favor del segundo criterio se pueden citar las sentencias de 19 de junio de 1965, 16 de febrero de 1985, 29 de abril de 1985 y 27 de noviembre de 1986, entre otras.

*Vid. COCA, ob. cit.*, pp. 4202 y 4203; *MONTES, ob. cit.*, p. 889 y ss.

(28) STS de 19 de junio de 1965.

(29) STS de 17 de junio de 1988.

cada una de estas entidades» (28), o de «los acuerdos de la junta de propietarios» (29).

Desde luego, al admitirse por el Tribunal Supremo el planteamiento de la teoría orgánica, conviene tener presente, de nuevo aquí, el obstáculo que significa el hecho de que la comunidad de propietarios carezca de personalidad jurídica y que da lugar a una discusión entre la doctrina. Como hemos expuesto, las posiciones contrapuestas consistían en si la personalidad jurídica es un presupuesto necesario para tener capacidad jurídica, en consecuencia la comunidad no puede adquirir ni poseer bienes, así como tampoco contraer obligaciones ni ejercitar acciones judiciales, de este modo, el presidente es órgano de los copropietarios; o si, por el contrario, en cuanto la comunidad de propietarios puede por ley tener derechos y obligaciones es equiparable a una persona jurídica, lo que conduce a considerar al presidente como órgano de manifestación de la comunidad de propietarios.

La primera posición ha sido mantenida, en un primer momento, por las Audiencias. En la Sentencia de 4 de febrero de 1970 de la Audiencia Territorial de Barcelona, por ejemplo, se dice que «las comunidades de propietarios no pueden ser sujeto de la relación jurídico-procesal ni, por consiguiente, tendrán nunca las cualidades necesarias para comparecer en juicio, ya que una comunidad de propietarios no es una persona jurídica de las admitidas en el art. 35 Cc, porque ninguna ley les concede personalidad jurídica propia independiente de la de cada uno de los dueños que la forman y al no ser sujeto posible de derechos carece de capacidad procesal. Quien debe comparecer en juicio no es la comunidad, sino la persona física del presidente de la Comunidad en representación de los demás copropietarios» (30).

Frente a esta postura, sentencias más recientes de las Audiencias (31) admiten que la comunidad de propietarios puede ser sujeto de derechos y obligaciones. En este sentido, la sentencia de 25 de septiembre de 1992 de la Audiencia Provincial de Oviedo señala que «es lógico reconocer que la comunidad de garaje, tiene una configuración jurídica definida que actúa en el mundo jurídico a través de su presidente».

La jurisprudencia del TS dice reiteradamente que la comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica. Sin embargo, esta jurisprudencia aparece en otras ocasiones más matizada, pues es asimilada a las personas y, en consecuencia, indica que una cierta capacidad como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones ha sido atribuida por ley a la comunidad de propietarios. En el caso de la sentencia de 14 de mayo de 1992, el demandado interpone un recurso fundado, en-

---

(30) En esta línea, las SS de 22 de octubre de 1977 de la Aud. Prov. de Valencia, 30 de enero de 1979 de la Aud. Terr. de Oviedo y 26 de abril de 1983 de la Aud. Prov. de Sevilla.

(31) Entre otras, las S de 23 de abril de 1984 de la Aud. Terr. de Madrid y 30 de marzo de 1985 de la Aud Terr. de Burgos.



tre otras razones, en que la comunidad no puede por sí misma promover la demanda porque carece de personalidad jurídica. El Tribunal Supremo adujo para desestimar el recurso que «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 art. 396 Cc, hace imposible 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 art. 35 Cc. pero en el caso presente aunque se encabece la demanda en nombre de la comunidad, bien puede deducirse que tal manifestación se verifica porque el Procurador que en su nombre lo hace con la representación que a su vez le confiere el legítimo representante de aquélla, cual es su presidente».

Conviene examinar las sentencias del Tribunal Supremo, sin ánimo de exhaustividad, para comprobar cómo la comunidad de propietarios sustancialmente es asimilada por el Tribunal Supremo a otros supuestos que disfrutaban de personalidad jurídica:

a) La jurisprudencia ha insistido reiteradamente en que la comunidad de propietarios es titular de algunos derechos reales. La sentencia de 25 de julio de 1991, por ejemplo, declaró la nulidad de la atribución del uso y disfrute de un terreno sobrante a un centro escolar por el constructor, porque supone modificar el título constitutivo y, en rigor, es «atribución exclusiva de la junta de propietarios de la comunidad, tanto para modificar, como para alterar el uso y disfrute de los elementos comunes». Esto significa que el Tribunal Supremo admite la posibilidad de que la comunidad de propietarios puede constituir voluntariamente un derecho real de usufructo sobre un elemento común (32).

b) Igualmente reconoce que la comunidad de propietarios es titular de determinados derechos de obligaciones. Así es, la sentencia de 2 de febrero de 1985 declaró que la comunidad de propietarios tiene la obligación de mantener los elementos comunes en estado de servir para la finalidad que les sea propia (33). El Tribunal Supremo ha señalado que la comunidad tiene capacidad tanto para acordar la desafeción de la cualidad de un elemento común y su posterior venta (34),

---

(32) En este sentido, las STS de 31 de marzo de 1980 y 8 de julio de 1983, así como la de 12 de noviembre de 1969 afirmó que el semisótano de una vivienda constituye un elemento común perteneciente a la comunidad de propietarios.

(33) En la misma línea, la sentencia de 27 de octubre de 1985 de la Aud. Prov. de Burgos.

(34) Así la STS de 28 de abril de 1986 señaló válido el acuerdo cuyo contenido era la desafeción de la cualidad de elemento común del piso para el portero con el objeto de venderlo.

como para responder de las obligaciones extracontractuales, en este sentido, la sentencia de 2 de diciembre de 1991 indicó que la responsabilidad de la comunidad nace cuando el daño procede de un defecto en un elemento común (35).

c) De la misma manera el Tribunal Supremo ha sostenido la posibilidad de que un tercero interponga demanda contra la comunidad e incluso, que la comunidad pueda promover una demanda contra un tercero. Precisamente, la sentencia de 8 de enero de 1992 declaró no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado, que se fundaba en que no puede ser estimada una demanda que la comunidad por sí misma promovió por carecer de personalidad jurídica, pues, a juicio de los recurrentes la acción tenía que haberla entablado el presidente. El Tribunal Supremo afirmó que «el hecho de que en el encabezamiento de la demanda se diga solamente que el Procurador formula la misma en nombre de la comunidad de propietarios, sin expresar que ésta se halla representada por su presidente, no puede, por sí solo, entrañar una falta de personalidad en dicha actora, pues el imprescindible poder para pleitos ... aparece otorgado única y exclusivamente por el presidente, lo que sin género de duda está indicando que el referido ente comunitario interviene en el proceso por su presidente, según preceptúa el art. 12 LPH (STS de 15 de enero de 1988 y 17 de junio y 27 de septiembre de 1989)» (36).

La corrección de que la comunidad puede promover una demanda contra un tercero, se desprende del hecho, de que la misma puede ejercitar las siguientes acciones:

A) Acción contra los dueños por impago de gastos comunes. Mediante ésta, la comunidad, como acreedora, puede ejercer contra el copropietario moroso, o la acción personal por todo el débito, o la real por la parte limitada que señala la ley (art. 9.5 LPH) (37).

B) La acción que el art. 19 LPH concede a la junta de propietarios contra el condueño, con la finalidad de que se le prive del uso del piso o local, o contra el ocupante no propietario para obtener del juez el lanzamiento o resolución del contrato (38).

(35) La STS de 27 de mayo de 1986 absuelve a la comunidad de la responsabilidad de un accidente porque se había producido por culpa de la víctima. En cambio, las STS de 9 de mayo de 1983, 7 de diciembre de 1984, 16 de mayo de 1985 y 6 de junio de 1988 consideran responsable a la comunidad por los daños ocasionados por un defecto en un elemento común. Lo mismo ocurre en la sentencia de 29 de diciembre de 1974 de la Aud. Terr. de Burgos, así como en la sentencia de 29 de octubre de 1992 que declaró responsable de los daños derivados de filtraciones de agua a la comunidad.

(36) Un caso idéntico tuvieron que solucionar la SSTS de 14 de mayo de 1992 y 12 de abril de 1993 confirmando la doctrina jurisprudencial.

(37) Sentencia de 16 de abril de 1975 de la Audiencia Terr. de Barcelona.

(38) *Vide.* las SSTS de 14 de junio de 1968, 7 de octubre de 1981, 12 de marzo de 1981, y 19 y 27 de abril de 1993.

C) Acción contra condueños por quebrantamiento de debres legales. La sentencia de 31 de agosto de 1971 de la Aud. Prov. de Mallorca dice que «el art. 9.2 LPH, que exige a cada propietario la obligación de mantener en buen estado de conservación su propio piso e instalaciones privativas en términos que no perjudiquen a la comunidad y los otros propietarios, por lo que a la vista de tal precepto es indudable que la acción del incumplimiento de dicha obligación corresponde a la comunidad».

D) La sentencia de 12 de noviembre de 1990 estimó que la comunidad puede ejercitar una acción reivindicatoria.

E) También puede ejercitar la acción de evicción por defectos constructivos no sólo en los elementos comunes sino además cuando afecten a los pisos y singularmente, cuando sean más de uno los afectados (sentencia de 4 de noviembre de 1992).

F) En la sentencia de 30 de julio de 1991 la comunidad de propietarios promovió el procedimiento con la pretensión de que el demandado retirara la chimenea instalada en el muro del inmueble, previa declaración de la carencia de toda clase de títulos y derechos para imponer la servidumbre de tal chimenea.

El hecho de que la comunidad de propietarios tenga capacidad para ser parte procesal, ya sea como demandante, ya sea como demandada es, por tanto, presupuesto de su aptitud para ser titular de los derechos, deberes y cargas que origina el desenvolvimiento y finalización del proceso. La sentencia de 20 de marzo de 1990, por ejemplo, condena al propietario a pagar las cantidades adeudadas por gastos comunes no satisfechos a la comunidad.

En conclusión, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo la comunidad de propietarios es titular de derechos y deberes.

La DGRN mantiene la doctrina de que la Comunidad de Propietarios en sí carece de personalidad jurídica; por ello, cuando por obligaciones contraídas, se demanda y condena a una Comunidad, se demanda y condena realmente a los propietarios que la constituyen, así lo confirma la de 27 y 30 de junio de 1986, 7 de julio de 1986 y 5 de febrero de 1992. La resolución de 7 de julio de 1986 declaró «que cuando se condena a una Comunidad de Propietarios por obligaciones que ha contraído, al carecer ésta de personalidad jurídica, hay dos modos de hacer efectiva la condena: a) Actuando sobre los bienes comunes (dinero, créditos) que estén a disposición de los Organos colectivos de la Comunidad demandada, en cuyo caso no surge obstáculo alguno para obtener su ejecución; b) Actuando sobre los bienes privativos de los mismos propietarios (dada su obligación de contribuir a los gastos —art. 9.º, 5.º de la Ley—), en donde ya no sucede lo mismo, ya que en Organos colectivos no tienen ningún poder directo sobre ellos, dado que la obligación de cada propietario surgida de la sentencia no surge entre él y el acreedor, sino mediatamente a través de la Comunidad, y es una obligación “propter rem”». Consecuentemente con este planteamiento, señaló que «cuando la comunidad incurre en responsabilidad, se necesita todavía una acuerdo de la Junta de propietarios, debidamente convocada, por el se determine el tiempo y forma

de la contribución de cada uno, y no cabe proceder judicialmente frente al propietario que no cumpla hasta que hayan transcurrido quince días desde que fehacientemente sea requerida de pago, según establece el art. 20 de la LPH, y si bien es cierto que la actuación de la junta puede ser suplida judicialmente, ello ha de ser sin merma de las garantías de los propietarios que debían ser personalmente convocados y requeridos, garantías que se concretan en que en las actuaciones judiciales procedentes, el propietario cuyos bienes se persiguen ha de ser llamado como parte personalmente —y no a través de los órganos colectivos—, y, por ello, es correcta conforme a los arts. 20 de la LH y 100 del Reglamento Hipotecario, la denegación de la anotación de embargo» de los bienes privativos de los copropietarios.

La Resolución de 19 de febrero de 1993, declaró que la comunidad de propietarios puede ser titular de las anotaciones preventivas de embargo, y, por ello, «el presidente está facultado legalmente para solicitar dicha medida cautelar».

### III. CONTENIDO DEL PODER DE REPRESENTACIÓN DEL PRESIDENTE

Como se ha dicho, el presidente actúa como un representante orgánico de la comunidad de propietarios con la consecuencia inevitable de que su voluntad individual sustituye la auténtica voluntad social o común, considerándose así, las actuaciones del presidente como actos de la comunidad.

Hay que apresurarse a añadir, sin embargo, que las actuaciones del presidente sólo se consideran como actos de la comunidad de propietarios si el presidente los ejecuta dentro del contenido específico del poder de su representación (39). Naturalmente, el representante orgánico si no actúa dentro del ámbito de facultades que se le atribuyen, estas actuaciones no serán eficaces respecto de la esfera jurídica de la comunidad de propietarios. Parece evidente que es necesaria una consideración separada para determinar el contenido específico del poder de representación del presidente.

Del examen del art. 12 LPH se extrae que el presidente representa a la comunidad en juicio y fuera de él, lo que hace necesario distinguir la esfera procesal y extraprocesal.

#### A. *Facultades en la esfera extraprocesal:*

Desde luego, el enfoque correcto para saber cuáles son las competencias extraprocesales de un representante orgánico, es acudir al precepto que concede sus facultades. En este caso, el art. 12 de la LPH atribuye al presidente la facultad de «representar a la comunidad fuera

---

(39) Esta idea es puesta de relieve por DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 74.

del proceso en cuantos asuntos la afecten». Es decir, la actuación del presidente debe producirse en los asuntos que la afecten, pero cabe preguntarse si esta norma ofrece o no indicios sobre el contenido de las facultades del presidente. La respuesta debe ser negativa, es preciso reconocer que la inexacta expresión de la ley induce a confusión sobre el conjunto de facultades, de lo que cabría pensar, como se ha puesto de manifiesto por CAMARA, que el poder de representación es muy amplio, o en cambio, creer que el presidente es un mero ejecutor de los acuerdos de la junta de propietarios (40).

La confusión sobre el contenido del poder extraprocesal del presidente confirma, a mi juicio, el carácter decisivo del art. 1713 CC, a los efectos de interpretación del art. 12.1 LPH. El art. 1713 CC determina que cuando un poder está concebido en términos generales no comprende mas que los actos de administración. Por tanto, a la luz del art. 1713 CC, se desprende que el art. 12 LPH no atribuye al presidente un poder muy amplio, sino un poder limitado a los actos de administración, es decir, se otorga al mismo facultades tanto para la defensa, conservación y custodia, como para la obtención de sus normales rendimientos (41).

También del estudio del resto de las normas que regulan la propiedad horizontal se deriva que el ámbito de facultades del poder de representación del presidente queda reducido a la administración ordinaria. En efecto, debe plantearse si el hecho de que el adecuado funcionamiento de la propiedad horizontal se confie a tres órganos: la junta de propietarios, el presidente y el administrador, significa que las facultades del presidente se establecen con relación a las atribuciones que se otorgan a los otros dos órganos de la comunidad. Dicho de otro modo, se trata de saber si el planteamiento de la ley de otorgar expresamente facultades a la junta de propietarios y al administrador, impide el acogimiento por el presidente de estas facultades. Seguidamente paso a analizar separadamente y con detalle lo que sucede en relación con la junta de propietarios y, más adelante, respecto del administrador.

Ciertamente, en el detalle de la regulación de las competencias de la junta de propietarios en la LPH está la demostración más palpable de que la ley considera que estas facultades son indisponibles para el presidente, de este modo, no puede nunca tomar decisiones que por razón de la materia la ley atribuye al órgano rector de la comunidad de propietarios.

En efecto, debe tenerse en cuenta el art. 16 LPH que sirve para ver, tanto la manera de adoptar los acuerdos, como el derecho de cada copropietario de vetar la adopción de acuerdos que precisan unanimidad. En dicha norma se observa con claridad que para tomar acuerdos precisa, en función de la trascendencia de la materia, la concurrencia de la voluntad de todos o de la mayoría de los copropietarios. También este

---

(40) Vid. CÁMARA, *ob. cit.*, p. 182.

(41) Este es el contenido de la expresión «actos de administración» que establece DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 177.

artículo establece el derecho que tiene cada copropietario que no hubiera asistido a la junta, antes que se produzca el acuerdo que precisa la unanimidad, pues no será ejecutivo hasta que transcurra el plazo de un mes, a contar desde la notificación del mismo, a impedir la adopción del acuerdo, si quiere. De igual manera, el copropietario que asiste a la junta, su disconformidad impide adoptar el acuerdo que precisa unanimidad. Este derecho revela claramente la indisponibilidad absoluta de dichas materias por el presidente, si no se quiere convertir esta norma en inútil, pues la finalidad que subyace en dicho precepto es tratar de preservar a los copropietarios de los perjuicios que pudieran reportarles los acuerdos comunitarios (42).

Por tanto, el presidente no puede tomar en modo alguno decisiones que la ley otorga de forma exclusiva a la junta de propietarios. Esto no es obstáculo, en modo alguno, al hecho de que una vez tomado el acuerdo, su ejecución es atribuida al presidente, que obra en estos supuestos como un representante voluntario (43).

Esta es la posición que la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene. La sentencia de 11 de octubre de 1971 afirmó que el presidente es un mero ejecutor de los acuerdos de la junta. Las sentencias de 31 de mayo de 1971 y 28 de abril de 1968 establecieron que el poder del presidente no significa la posibilidad de interferir en los derechos autónomos que corresponden individualmente a cada propietario.

En cuanto a si el administrador puede limitar las facultades del presidente, me parece correcta la posición de quienes (44) piensan que el presidente siempre puede actuar directamente en las materias que el art. 18 LPH atribuye al administrador. Los argumentos que CAMARA (45) da para fundamentar esta opinión son:

1. La propia denominación indica que el presidente rige la comunidad en todos los asuntos «que se refieran a su funcionamiento habitual y que no pueden aguardar para su resolución a la reunión de su junta» (46); por ello, el administrador es un colaborador que actúa bajo el control del presidente, salvo que los estatutos o la junta dispongan otra cosa.

2. La finalidad del art. 12.2 LPH es aliviar el trabajo del presidente, colocando a una persona que le ayude en el cumplimiento de ciertas

---

(42) *Vid.* en este sentido el art. 10.4 LPH.

(43) Esta idea también la mantienen MONTES, *ob. cit.*, p. 918; FUENTES, *ob. cit.*, p. 163; ZANON MASDEU, *ob. cit.*, p. 482 y VENTURA-TRAVEST, *ob. cit.*, p. 353. En contra SAPENA, *ob. cit.*, p. 327.

(44) Opinión mantenida por CÁMARA, *ob. cit.*, pp. 132 y ss., y LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 334. En contra ZANON, *ob. cit.*, p. 483, donde dice «el presidente se encontrará sometido en cuanto a las actividades de gestión al administrador».

(45) CÁMARA, *ob. cit.*, p. 132 y ss.

(46) CÁMARA, *ob. cit.*, p. 133.

funciones, pero esto no impide que el presidente tenga siempre estas facultades (47).

Con arreglo a lo que se ha expuesto, el contenido del poder de representación extraprocesal del presidente está determinado por la ley a actos de administración. Esta conclusión es la que consagra la sentencia de 18 de abril de 1966, cuando dice «aunque el presidente represente a la comunidad... porque los poderes de gestión, de representación y de disposición, están limitados en esta especial comunidad al ámbito de la administración y al buen uso del edificio».

Hay que tratar los efectos que se producen para la comunidad y para los terceros cuando el presidente traspasa los límites de su poder. En general, cuando un representante traspasa los límites del poder, como dice DIEZ-PICAZO (48), la situación que se produce es análoga a la falta de poder. Por tanto, la formulación del caso que se plantea es un presidente que carece de poder para efectuar los actos que ya ha realizado en nombre de la comunidad, es decir, se está ante un supuesto de representación sin poder. Para solucionar este caso, hay que aplicar el art. 1727 CC y para los contratos que celebre el presidente con un tercero el art. 1259 CC, ambos preceptos señalan que la comunidad no queda obligada con el tercero por los actos del presidente. Y respecto al tercero de buena fe, queda protegido por el art. 1725 CC que considera responsable al presidente frente al tercero por traspasar los límites de su poder (49).

En principio, en la sentencia de 19 de junio de 1965 se mantiene la tesis de que la extralimitación de facultades sólo produce consecuencias en la relación interna que medie entre el presidente y la junta de propietarios, «ante los que, como es lógico, deberá responder», pero que no podía ser opuesta a terceros, porque para ellos el presidente tiene la apariencia formal de que representa en todo caso a la comunidad.

La mayoría de la doctrina (50) ha interpretado que este planteamiento no es conveniente generalizarlo, aun siendo el presidente un órgano sólo vincula a la comunidad dentro de las atribuciones que la ley o los estatutos le otorgan, por ello, ningún tercero puede desconocer el ámbito de representación.

---

(47) LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 334, también entiende que hay «acumulación de cargos, más que una atribución de nuevas funciones al presidente en cuanto tal».

(48) DIEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 188.

(49) En este sentido, LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 333.

(50) *Vid.* LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 333; MONTES, *ob. cit.*, p. 391; PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, p. 124; FUENTES, *ob. cit.*, p. 152. En cambio, CÁMARA, *ob. cit.*, p. 184, cree que es una sentencia correcta.

La jurisprudencia ha optado en algunas ocasiones por la postura mantenida en la sentencia anterior (51), y, en algunos casos, se ha inclinado por el planteamiento doctrinal que en mi opinión es la jurisprudencia que debe prevalecer por las razones ya expuestas. En el caso contemplado en la sentencia de 30 de julio de 1991, el presidente de una comunidad de propietarios autoriza verbalmente al arrendatario de un local la instalación de una chimenea por la fachada del inmueble. Después de que la obra había sido ejecutada, la Junta desautorizando a su presidente, afirmó que no había otorgado su consentimiento, y, por ello, formula demanda contra el propietario y el arrendatario del local, pidiendo la declaración de la carencia de títulos y derechos para imponer una servidumbre y, por consiguiente, la chimenea se retire a costa de los demandados. La demanda fue estimada por la Audiencia, y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por el arrendatario, porque «el presidente de la comunidad que conforme al art. 12 LPH es quien representa a la comunidad en juicio o fuera de él, en los asuntos que le afecten por ser una representación *sui generis* de un ente como es el de la comunidad de propietarios de naturaleza singular, no tiene siquiera facultad vinculante respecto de ésta y con relación a terceros en los asuntos en que por ley o constitución estatutaria, venga obligado a obtener previamente la voluntad de sus representados, como es el caso que aquí nos ocupa afectante a un elemento común de la trascendencia de un muro exterior».

La sentencia de 1 de marzo de 1984 reitera esta línea de nuestra jurisprudencia, pero se diferencia de la sentencia anterior porque aquí falta un acuerdo mayoritario. El presidente contrató con la empresa constructora S. con el objeto de que la misma ejecutara unas obras de mejora en el inmueble. Iniciadas las obras fueron suspendidas por falta de pago. Ante esta situación la comunidad de propietarios interpuso demanda para que se declarara la obligación del señor P., presidente, de responder de la deuda que estas obras han originado, pues todas estas actuaciones fueron realizadas por voluntad del presidente al no existir acuerdo de la junta de propietarios. La demanda fue estimada por la Audiencia que declara que «la comunidad tiene también derecho a que no recaiga sobre ella el pago proporcional correspondiente a la obra parcial ejecutada por Construcciones S. y por lo tanto la correlativa obligación del demandado de responder de la deuda que por tal concepto se determine en su día». El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por el demandado, diciendo que procede «la confirmación del fallo, puesto que tratándose de obras de mejora no requeridas por la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble, según su rango, con la magnitud con que fueron contratadas y principiaron a ejecutarse, o sea de obras que exceden el concepto de gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos,

---

(51) STS de 1, 3 y 7 de julio de 1989. Vid. Díez-PICAZO Y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», Tomo III, p. 270.



cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización, que precisaba para llevarlas a efecto previo acuerdo válido, que la sentencia niega recayese en la junta de 27 de enero de 1977, por tanto inexistente, careciendo así el presidente demandado-recurrente de la representación de los titulares del inmueble que se le discierne».

Obsérvese cómo estas sentencias aplican este planteamiento cuando el presidente actúa sin obtener previamente el indispensable acuerdo de la junta de propietarios, en cuanto que son materias que tienen carácter indisponible para el presidente al señalar la ley que son atribuciones de la junta de propietarios. Hay que indicar, que dentro de la falta de poder del presidente se incluyen, junto a estos casos, otros fenómenos, en concreto:

a) Cuando el presidente ejecuta un acuerdo no válido de la junta de propietarios por no observarse las reglas dictadas por los arts. 15 y 16 LPH sobre la manera de convocar la junta de propietarios y adoptar los acuerdos. Así, por ejemplo, cuando el presidente lleva a efecto un acuerdo no válido de construcción de nuevas plantas, al aprobarse en junta de propietarios por mayoría siendo menester la unanimidad.

b) Cuando el presidente materializa un acuerdo formalmente válido que el Juez estima gravemente perjudicial para los propietarios que representan por lo menos la cuarta parte de las cuotas de participación.

c) Cuando el presidente consuma un acuerdo que cualquiera de los propietarios disidentes impugnan con éxito por el hecho de tratarse de un acuerdo que vulnera la ley o los estatutos. Me refiero, por ejemplo, cuando la junta adopta el acuerdo de pertenecer a una asociación de vecinos, calificando como gasto general la cuota de la asociación. Se trata de un acuerdo nulo de pleno derecho por vulnerar tanto el art. 22 de la Constitución, como el art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, que garantizan el derecho fundamental que tiene toda persona de asociarse libremente (52).

Para comprender mejor esta figura, parece necesario hacer una referencia a las directrices, que el presidente debe obedecer, sobre el cumplimiento de su actividad representativa, bien cuando actúa dentro de sus competencias, o bien cuando ejecuta un acuerdo comunitario. Todo presidente debe cumplir las instrucciones de la junta, a falta de ellas, la diligencia de un buen padre de familia (arts. 1719 CC y 17 LPH). Cuando el presidente ha suscitado confianza en un tercero acerca de

---

(52) Creo que es totalmente acertada la observación que MIGUEL GONZÁLEZ, «Comentario del Código Civil», Madrid, 1991, Tomo I, p. 1088; y GÓMEZ CALLE, «La impugnación de los acuerdos sociales en el régimen de la propiedad horizontal», *RDR*, 1988, p. 131 y ss., hacen acerca de que los acuerdos contrarios a la LPH son nulos de pleno derecho.

que tenía poder suficiente para realizar el acto, no puede discutirse la eficacia de estas actuaciones para la comunidad, aunque el presidente no haya obedecido las instrucciones de la junta o el estándar de diligencia exigida; salvo que el tercero hubiese conocido o debido conocer las instrucciones, en este caso, como dice LEON ALONSO, «nada podrá obtener ese tercero en sus pretensiones no ya sólo contra el mandante sino ni siquiera contra el propio mandatario con el que contrató y del que conocía con exactitud y certeza la limitación o la extensión de sus facultades y poderes» (53). Creo que lo dicho se comprenderá mejor, si estudiamos este ejemplo. La junta acordó contratar a una persona como portero del inmueble. El presidente contrató a (A) como portero, pero no tramitó todo lo concerniente a la previsión social y seguros sociales. (A) realizó sus tareas como portero de la finca durante un plazo de tiempo. Algunos copropietarios enterados de tal situación exigen al presidente las gestiones pertinentes para subsanar esta situación, a lo cual se niega el presidente. Cabe plantearse en este caso la eficacia del contrato respecto de la comunidad. La respuesta a esta cuestión es, sin ningún género de duda, que el contrato no es eficaz para la comunidad porque:

a) El presidente no cumple con la diligencia del buen padre de familia. El presidente debe velar por el buen régimen de la casa (arts. 12 y 17 LPH), obligación que incumple claramente al no dar de alta en la Seguridad Social al portero.

b) (A) no es un tercero de buena fe porque conocía y asumía esta situación irregular.

La corrección de esta solución se deriva inequívocamente de estos argumentos:

a) Toda obligación, para ser exigible, precisa que su causa sea legal. El hecho de contratar a un portero en estas circunstancias, significa vulnerar las leyes imperativas vigentes, lo que hace que la causa sea ilícita, haciendo ilícita la obligación de pagar. Aplicando los arts. 6.3 y 1275 CC, resulta que la consecuencia de la obligación ilícita es su nulidad.

b) El art. 10.4 LPH, señala que la instalación de un servicio que perjudica los derechos de algún propietario, la oposición del perjudicado será decisiva.

#### B. *Facultades en la esfera procesal:*

El art. 12.1 LPH estima que el presidente representa en juicio a la comunidad.

---

(53) De esta misma opinión. FUENTES, *ob. cit.*, p. 163.

CAMARA (54) arrancando de la idea, que encuentra un indiscutible apoyo en la Exposición de Motivos y en el art. 12.1 LPH, de que el presidente representa a la comunidad para solucionar el problema de legitimación que se ha venido produciendo, señala que por una parte, no es forzoso indicar quiénes son los copropietarios, no sólo para la acción ejercitada por la presidencia, sino también cuando un tercero formule demanda contra la comunidad, y, por otra parte, tampoco es necesario que los copropietarios «le otorguen (al presidente) especialmente su representación al efecto, pues entonces holgaría el poder representativo que la Ley confiere al presidente». Dicho autor considera que el presidente puede representar a la comunidad en juicio, sin necesidad de la autorización de la junta de propietarios. Las razones que ofrece son las siguientes:

1. De que el poder de representación tenga autonomía y sustantividad, deriva que la falta de autorización de la junta de propietarios sólo produce efectos en las relaciones internas y, por tanto, en la responsabilidad que pueda contraer el presidente frente a la comunidad.

2. Partiendo de la hipótesis, de que el presidente necesita la autorización de la junta para representar en juicio a la comunidad, nos encontramos con que el presidente-demandado, por el simple hecho de carecer de autorización de la junta, podrá oponer su falta de legitimación pasiva, con lo que el actor deberá dirigir su acción contra todos y cada uno de los copropietarios, con los consiguientes problemas de legitimación que la Ley quiere remediar a través de otorgar la representación de la comunidad al presidente.

3. Los propietarios, por decisión propia, están facultados para ejercitar acciones que competen a la comunidad, de la misma manera, no existe ningún inconveniente para que no pueda hacerlo el presidente.

4. Por último, alega que la actuación de la junta carece de agilidad, no sólo porque cabe una segunda convocatoria si no se obtiene mayoría, sino también, porque los minoritarios discrepantes que representen al menos una cuarta parte de las cuotas pueden recurrir.

Sin embargo, a mi juicio, no es posible que sin el consentimiento de los copropietarios reunidos en junta, pueda el presidente, amparado en una autorización genérica e imprecisa, por su arbitrio y voluntad decidir el ejercicio de cualquier acción, porque tal solución reduce el papel de la junta que la Ley le otorga. La junta de propietarios es el órgano supremo de la propiedad horizontal a través del cual se manifiesta la voluntad de los propietarios singulares, y en ella radican las facultades rectoras de este régimen jurídico para el mejor logro de los intere-

ses comunes valiéndose para ello de su presidente. Obsérvese que la junta tiene competencias para decidir el ejercicio o no de acciones judiciales al ser materia incluida en el art. 13.5 LPH, cuando dice «conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común», para lo que el art. 13 autoriza la celebración de una junta extraordinaria «en las ocasiones en las que se considere conveniente».

La jurisprudencia generalmente ha aceptado la tesis antes expuesta. En efecto, en numerosas ocasiones ha dicho que un requisito preciso para que la actuación del presidente pueda ser imputada a la comunidad de propietarios, es que los propietarios acuerden en junta que el presidente ejercite la acción judicial. Además, la jurisprudencia ha exigido que el presidente sea quien otorgó poder notarial al Procurador actuante para interponer la correspondiente acción, y que ello lo hizo actuando como presidente de tal comunidad (55).

Del art. 12.1 LPH se desprende que la representación procesal del presidente está limitada a los asuntos que afecten a la comunidad. El alcance de tal representación incluye todas las cuestiones que afecten, tanto a los elementos comunes, como a los pisos singularmente, cuando resulten ser más de uno los afectados (56).

Hay que añadir, que aunque el art. 19 LPH dice que la junta tendrá acción contra el ocupante no propietario, para obtener del Juez el lanzamiento o resolución del contrato, en modo alguno resulta, como se ha dicho ya, que el presidente no pueda ejercitar dicha acción, pues de ser así los problemas de legitimación volverían a producirse (57).

La jurisprudencia ha señalado que el hecho de que el art. 12 de la Ley confiera al presidente la representación de la comunidad en juicio, no impide que cada propietario pueda ejercitar las acciones pertinentes para defender, en caso de pasividad, e incluso en el de oposición del presidente y del resto de los partícipes, porque, lo contrario, convertiría en ilusorio el derecho obstativo que a cada uno de los propietarios concede la Ley. Por lo que respecta a los efectos de la sentencia que recaiga cuando quien comparece es un copropietario, la respuesta de MIQUEL (58) es que los efectos de cosa juzgada sólo se producirán en

---

(55) *Vide*. STS de 30 de abril de 1982, 3 de junio de 1988, 16 de julio de 1990 y 17 de junio de 1988, asimismo la STS de 2 de diciembre de 1989 dice que existe la presunción de que está autorizado mientras no se acredite lo contrario.

(56) Esta es la postura del Tribunal Supremo, así se pueden citar las sentencias de 21 de abril de 1981, 30 de abril de 1982 y 4 de noviembre de 1992.

(57) CÁMARA, *ob. cit.*, p. 175.

(58) MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentario a la STS de 3 de febrero de 1983*, Cuadernos Civitas, n.º 2, abril/agosto.

Que cada propietario puede ejercitar acciones ha sido ya dicho, entre otras, en las sentencias de 7 de diciembre de 1987 y 20 de abril de 1991.

favor de la comunidad, «pero no contra los demás copropietarios», en cambio, continúa diciendo, «si el compareciente es el presidente de la comunidad la sentencia que recaiga producirá cosa juzgada en favor o en contra, sin distinción, de todos los condueños, porque están representados en juicio por el presidente».

## DICTAMEN

### Dictamen sobre la propiedad del Gran Teatro del Liceo y otros extremos

ENCARNA ROCA TRÍAS  
Catedrática de Derecho civil  
Universidad de Barcelona

#### NOTA PREVIA

*El Gran teatro del Liceo fue destruido por un incendio el día 31 de enero de 1994.*

*La peculiar estructura jurídica que recaía sobre el teatro estaba formada por dos elementos: La Sociedad del Gran teatro del Liceo, propietaria del mismo. Y el Consorcio del Gran teatro del Liceo, creado por Decreto de la Generalidad de 11 de diciembre de 1980 (DOGC n.º 101, de 17-12-1980). Esta última es una persona jurídica de Derecho público de la que forman parte la Generalidad de Cataluña, el Ayuntamiento de Barcelona, la Diputación de Barcelona, el Ministerio de Cultura y la Sociedad del Gran Teatro del Liceo. El Consorcio tenía atribuida la gestión del Teatro, por cesión de la Sociedad.*

*Al producirse el incendio, se aceleraron las gestiones que tenían lugar desde 1989, para conseguir que la Sociedad cediera sus derechos al Consorcio, para poder así proceder a la que después se demostró, necesaria reforma de las viejas estructuras del Teatro. Las gestiones dieron su fruto en los acuerdos tomados por la Sociedad, que se examinan en este dictamen.*

*En el mes de mayo de 1994, un grupo de 42 accionistas presentó una demanda judicial, pidiendo la nulidad de los acuerdos adoptados por la Junta general extraordinaria de la Sociedad del Gran Teatro del Liceo. Como consecuencia de ello y de que a principios del mes de junio, el Consorcio debía pronunciarse sobre si aceptaba o no la cesión en las condiciones acordadas por la Junta general, el Director del*

*Consortio pidió a un grupo de 3 juristas, que redactaran sendos informes individualizados sobre la validez de los acuerdos y las consecuencias que podrían producir. La cesión, en las condiciones que se establecen en los acuerdos de la Sociedad, tuvo lugar el día 5 de septiembre de 1994, con lo que el Teatro es en este momento de titularidad pública.*

*Este es el resultado del informe que el Consorcio me encargó y que realicé de acuerdo con las competencias que me atribuye el art. 11 LRU. Y se publica en esta revista con la única modificación de su traducción al castellano y la adición, en nota a pie de página, de los artículos que se citan en el texto referidos a los estatutos del Consorcio, para mejor comprensión del lector ajeno a esta problemática.*

*La publicación se ha realizado con expresa autorización de la Dirección del Consorcio del Gran Teatro del Liceo. La autora agradece la confianza que esta institución depositó en ella.*

## ANTECEDENTES

1. El 30 de marzo de 1855 y para contribuir a la construcción del primer Teatro del Liceo, se constituyó una asociación civil, que fue registrada bajo la denominación *Sociedad de Accionistas del Gran Teatro del Liceo*. La finalidad de esta asociación consistía en obtener financiación de las obras de construcción del Teatro, a través de la aportación de capitales privados, representados por participaciones, que recibían el nombre de *acciones*. En la resolución que accedía a la inscripción de la asociación, se expresaba que quedaba sujeta a las disposiciones legales, caso que se decidiera la conversión en Sociedad Anónima. Esta conversión no llegó a producirse.

2. En 1873 y después del primer incendio del Teatro (1861), el Director de la Sociedad de accionistas y Presidente de su Junta de Gobierno, Sr. José M.<sup>a</sup> Pera Gabriel otorgó una escritura pública ante el Notario de Barcelona, Sr. José Falp, en la que después de exponer todos los precedentes relativos a la adquisición de los inmuebles destinados al Teatro, la redención del censo que pesaba sobre estos inmuebles, la aportación de los capitales necesarios para la construcción y posterior reconstrucción del mismo, declaró que el teatro pertenecía a la sociedad de accionistas y pedía que se inscribiera en el Registro de la propiedad.

Se procedió entonces a la inscripción del edificio del Teatro en el Registro de la Propiedad de Barcelona, n.º 3, tomo 225, libro 155, Occidente, folio 12, finca 689. En esta inscripción consta que el Teatro pertenece a la Sociedad de propietarios. El texto literal de la inscripción por lo que aquí interesa, dice lo siguiente:

«Pertenece a la Sociedad de Señores accionistas del Liceo a saber en cuanto al destino que antes fue convento por el título de establecimiento calendarado y el edificio por haberlo edificado después del incendio del 9 de abril de 1861 de su exclusiva cuenta y caudal en una muy costosa edificación, invirtiendo en ella la enorme suma de 4 millones cuatrocientos diecinueve mil trescientos cuarenta y ocho reales setenta y seis céntimos...según resulta de las muchas cuentas y recibos que obran en el archivo de la Sociedad, intervenidas todas por el arquitecto director de la obra D. José Oriol Mestres.



Todo lo que se hace constar para inscribir en este Registro de la Propiedad el expresado edificio teatro en favor de la sociedad de señores accionistas.

En virtud de lo explicado D. José M.<sup>a</sup> Pera y Gabriel, abogado de los Ilustres Colegios de Abogados de Madrid y de esta ciudad, (figuran los datos personales, que no se transcriben), obrando como director de la *Sociedad de los señores accionistas del Gran Teatro del Liceo* (sic) y Presidente de la Junta de Gobierno debidamente autorizado por la propia Junta en sesión de tres del actual *inscribe* (sic) *a favor de dicha sociedad* (sub mío) la finca de este número».

3. El 30 de noviembre de 1965, mediante resolución de la Dirección general de Política interior, del Ministerio de Gobernación, se aprobó la modificación de los estatutos de la Sociedad, que recibieron el nombre de *Estatutos para el régimen y gobierno de la Sociedad del Gran Teatro del Liceo*. Esta modificación se efectuó con la finalidad de su adaptación a la entonces recientemente promulgada ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones.

El art 60 de estos Estatutos, describe el patrimonio social de la siguiente forma:

«La Sociedad es propietaria de los inmuebles señalados con el número 63 en el que se halla situado el Gran Teatro del Liceo con todas sus instalaciones y de la casa contigua señalada con el número 59, ambas en las Ramblas de la Ciudad de Barcelona, por lo cual el patrimonio social, asciende en mucho más del millón de pesetas, y su presupuesto anual las cien mil pesetas a que se refiere el extremo cinco del artículo tercero de la Ley de 24 de diciembre de 1964».

4. En el año 1980 y como consecuencia de los graves problemas económicos y de gestión que había sufrido el Teatro en las temporadas anteriores, se cedió la gestión a una persona jurídica de derecho público, que se creaba a tal efecto: *el Consorcio del Gran Teatro del Liceo* (CGTL, a partir de ahora).

La Sociedad del Gran Teatro del Liceo (SGTL a partir de ahora), formaba parte del CGTL, de acuerdo con el art 1.º de los Estatutos del CGTL, cediendo al mismo el uso del inmueble correspondiente al Teatro y los elementos dedicados a mobiliario, decorados, etc. Por tanto, a partir de 1980, la explotación del Teatro se atribuyó a una persona jurídica de Derecho público, el CGTL, describiéndose los derechos y deberes de la SGTL en los arts 9 al 13 y 20 de los Esta-

tutos del CGTL. Sintéticamente, estos derechos y deberes son los siguientes:

- Aportación de una subvención anual (art 9). (1)
- Limitación de los derechos de los asociados en la adquisición de abonos (arts 10.12). (2)
- Representación en el Patronato del CGTL (art. 13). (3)
- Derecho al retorno del uso del Teatro en el momento de la disolución del CGTL (art 20). (4)

(1) El art. 9 de los estatutos del CGTL establece: «Los medios de que dispondrá el Consorcio para cumplir las finalidades que tiene encomendadas son los siguientes:

a) La obligación que asume la Sociedad del Gran Teatro del Liceo de entregarle la retribución fija establecida en el art. 4 de los Estatutos de la Sociedad, que se establece inicialmente en la cifra global de veinte millones de pesetas, valor correspondiente a la temporada 1979-80... La Sociedad del Teatro no deberá aportar ninguna otra cantidad por los conceptos que están a cargo del Consorcio, de acuerdo con las finalidades que se le han atribuido...

(2) El art. 10 de los mencionados estatutos establece: «Los accionistas de la Sociedad del Teatro limitan el derecho que les ofrezcan de las diferentes representaciones correspondientes a las tradicionales temporadas anuales de ópera y ballet. La determinación de la función concreta que se reserve cada propietario se realizará antes del inicio de cada temporada, en las fechas que fije el Patronato...».

El art. 11 establece: «No obstante lo establecido en el artículo anterior, los accionistas propietarios de palcos y butacas podrán reservarse el derecho de utilizarlas en todo o en parte en las restantes funciones de las mencionadas temporadas de ópera y ballet si lo solicitan al Patronato antes del inicio de cada temporada y satisfacen en el mismo acto el importe que se señale para el abono al público, con la rebaja ponderada que el propio Patronato establezca. Para las otras funciones que tengan lugar fuera de las temporadas ordinarias de ópera y ballet, los propietarios de palcos y butacas tendrán el derecho preferente de adquisición de las correspondientes entradas, al mismo precio de venta o abono al público si las retiran con la antelación que se fije en cada caso por el Patronato».

El art. 12 establece: «Si los propietarios no quisieran utilizar las localidades que se les reservan, podrán ceder su derecho al Consorcio, a través de la Sociedad del Teatro, antes de cada función, con una antelación mínima que establecerá el Patronato. El Consorcio satisfará a la Sociedad para que lo distribuya entre los cedentes, el importe global de la cesión de aquéllas, fijándolo en un porcentaje del precio de venta al público igual a la ocupación del Teatro en la ocasión de la función correspondiente».

(3) En lo que se refiere a la representación de la Sociedad en el patronato del Consorcio, el art. 13.2 establece que el mencionado Patronato estará integrado «por tres representantes de la Generalitat de Catalunya, designados por el Departamento de Cultura; tres representantes del Ayuntamiento de Barcelona y cuatro representantes de la Sociedad del Gran Teatro del Liceo, designados por la Junta de Gobierno entre sus componentes». Las ampliaciones del Patronato, que provocaron la integración del Ministerio de Cultura y la Diputación de Barcelona implicaron la ampliación del Patronato, con representantes de las mencionadas instituciones.

(4) Esta devolución está prevista en el art. 20.2 de los estatutos del CGTL, que establecen que «Una vez disuelto el Consorcio, se procederá a la devolución a la Sociedad del Gran Teatro del Liceo, de los bienes e instalaciones que aquél tenía en uso por cesión de ésta, juntamente con las mejoras incorporadas al edificio, sin contraprestación de ningún tipo...».

Estos derechos y deberes son la consecuencia de la cesión del uso y determinan, como se verá después, la concreción del derecho de goce de los asociados.

5. En el año 1983 y como efecto de la entrada en el CGTL, la SGTL volvió a cambiar sus estatutos, que fueron aprobados por resolución de la Dirección General de asociaciones y fundaciones, (anexo I), Departamento adjunto a la Presidencia de la Generalitat de Cataluña, en fecha de 28 de junio de 1983.

El objeto social que se describe es el siguiente:

«el fomento del arte en todas sus manifestaciones operísticas, lírico-dramáticas, mediante representaciones escénicas o conciertos, en el inmueble de su pertenencia, con fines única y exclusivamente artístico-culturales, sin ánimo de lucro».

En el momento de determinar el patrimonio social, el art. 35 no especifica qué inmuebles pertenecen a la SGTL, estableciendo que

«El patrimonio de la Sociedad se integra:

- a) *Por los inmuebles de su propiedad.*
- b) *Por las instalaciones, útiles y mobiliario.*
- c) *Por el dinero procedente de las aportaciones de los accionistas.*
- d) *Por cualesquiera subvenciones que perciba la Sociedad.*
- e) *Por la renta de los bienes anteriores.*

6. Después del incendio producido el 31 de enero de 1994, la SGTL celebró dos Juntas generales para tratar de la situación creada como consecuencia del mencionado incendio.

1.º *La Junta general extraordinaria de 3 de marzo de 1994.* Asistieron 570 acciones, entre representados y asistentes efectivos. La Junta tenía carácter informativo, según lo que se deduce de la propia acta.

El Presidente leyó la propuesta recibida de la Administración y en el acta consta lo siguiente:

«El Presidente toma la palabra para indicar que la Asamblea de hoy tiene un carácter meramente informativo y no decisorio, ya que, para tomar alguna decisión es necesario que los propietarios se hallen debidamente informados. Recibida la información será el momento adecuado para volverla a convocar y tomar decisiones acerca del futuro del Gran Teatro del Liceo».

2.º *Junta general extraordinaria de 7 de abril de 1994.* Asistieron 585 acciones, entre presentes y representados. La convocatoria tuvo lugar mediante su publicación en «La Vanguardia» del día 22 de marzo, es decir, 15 días antes de la celebración de la Junta, de acuerdo con lo que dispone el art 19 de los estatutos, además la convocatoria por correo individual a cada uno de los socios-accionistas.

Debatido el tema central del orden del día, es decir, la propuesta de cesión al CGTL del inmueble del Teatro, (anexo II), se procedió a la votación, con el resultado siguiente:

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| Votantes 585               |     |
| Votos favorables . . . . . | 356 |
| Votos en contra . . . . .  | 180 |
| Votos nulos . . . . .      | 12  |
| Votos en blanco . . . . .  | 8   |
| Abstenciones . . . . .     | 29  |

En consonancia con el acuerdo tomado en la propia Junta general, los socios que habían votado en contra y los que se habían abstenido hicieron constar sus nombres en el dorso de la papeleta.

7. El día 18 de mayo, un grupo de 41 «propietarios» presentó una demanda civil en la que se pedía que se declarara la nulidad de los acuerdos tomados por la Junta de Gobierno del día 4 de abril de 1994, en base a las siguientes infracciones:

- «a) Haber sido convocada la Junta sin mediar el plazo intercalar de quince días exigido por el art 19 de los Estatutos y el art 10.4 RA.
- b) No haberse hecho constar si la Junta se celebraba en primera o segunda convocatoria; no mediando el plazo de 24 horas exigido para la celebración en segunda convocatoria.
- c) Haberse adoptado acuerdos que excedían las facultades de la Junta de Gobierno, por afectar a terceras personas.
- d) Subsidiariamente, haberse adoptado los acuerdos con un “quorum” inferior a la unanimidad requerida para la modificación del título constitutivo, a las dos terceras partes del total de los accionistas establecido en el art 37 de los Estatutos y al mínimo legal de las dos terceras partes de los accionistas presentes o representados exigido por el art. 10.3 RA».

Con estos antecedentes, el Sr. Josep Caminal, director General del Gran Teatro del Liceo, en nombre del Consorcio del Gran Teatro del

Liceo, formula las siguientes preguntas:

- 1.<sup>a</sup> Si existe o no defecto de forma en la convocatoria de la Junta General extraordinaria del día 7 de abril de 1994, dado que en el anuncio publicado en el periódico «La Vanguardia», del día 22 de marzo, se cometió un error en la relación de butacas y palcos afectados, comprendidos en el anexo I de la convocatoria, si bien este error fue rectificado con fecha 24 de marzo, mediante la correspondiente publicación de la nota de rectificación en el mismo diario. Se alega que esta rectificación supone una segunda convocatoria y que no transcurrieron los 15 días previstos estatutariamente entre la segunda convocatoria y la celebración de la Junta.
- 2.<sup>a</sup> Si existía o no falta de legitimación de la Junta general extraordinaria para decidir sobre una propiedad que no le pertenecía, ya que algunos placos y butacas pertenecen a los accionistas.
- 3.<sup>a</sup> Si concurrieron o no las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos, ya que al existir un condominio de los propietarios sobre el Teatro, el acuerdo de cesión de la propiedad al CGTL debía tomarse por unanimidad.
- 4.<sup>a</sup> Si concurría o no la mayoría necesaria, porque la transmisión de la propiedad del Teatro supone la disolución de la SGTL y el acuerdo de disolución debe tomarse por las dos terceras partes de los accionistas.
- 5.<sup>a</sup> Si había o no falta de legitimación de la Junta para ceder al CGTL el derecho de retracto sobre las butacas y palcos de los propietarios.

De acuerdo con los antecedentes que se han transcrito, se formula dictamen, en base a los siguientes:

### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

Antes de exponer los razonamientos jurídicos que deberán llevar a las correspondientes conclusiones sobre las preguntas formuladas, quiero poner de relieve una cuestión metodológica, que puede parecer supérflua en un documento de este tipo, pero que es absolutamente necesaria: la opinión que se manifiesta y los razonamientos en que se basa, se han formulado exclusivamente en base a la interpretación de la documentación que quien firma la presente opinión ha tenido a su al-

cance. Por tanto, esta opinión sólo estará fundamentada en argumentos jurídicos, derivados del estudio de las instituciones que forman la SGTL y el CGTL, según la regulación existente en el vigente ordenamiento jurídico español.

Es cierto que para determinar la naturaleza jurídica de la SGTL y los derechos y deberes de los asociados se pueden usar dos planteamientos:

— Un planteamiento puramente propietario, es decir, realizar la defensa de los socios considerados como *propietarios* en el sentido del art 348 C.c.

— Un planteamiento asociativo, en el sentido de considerar que no existen propietarios, sino socios de una persona jurídica, la SGTL, que es la propietaria del inmueble.

La utilización de un planteamiento o de otro no resulta indiferente; pero debemos usar el método jurídicamente más correcto para llegar a conclusiones que estén de acuerdo con la naturaleza de las cosas y su consiguiente regulación jurídica, independientemente de las palabras y de los sentimientos que, sin duda, giran en torno de cualquier tema que se traduzca en problemas jurídicos.

Un jurista cabal debe partir de la base de que en 1994 está vigente una Constitución, que incluye en el art 33 CE, la función social de la propiedad como parte esencial del contenido del mencionado derecho. Y que, curiosamente, en ninguno de los documentos que hacen referencia al Gran Teatro del Liceo se califica a los socios como propietarios, sino que siempre se les denomina accionistas. Es muy posible que nos encontremos ante una perversión de las palabras. Pero lo que aquí interesa es un análisis realizado con métodos jurídicos. Y estos es lo que corresponde llevar a cabo para llegar a conclusiones correctas.

La primera y principal cuestión de las planteadas se refiere a la capacidad de la SGTL para disponer de su patrimonio; como el argumento que se utilizará y las conclusiones a que se llegará determinan la respuesta a otras preguntas formuladas, trataré primero este tema, que fijará la posición en relación a los otros aspectos de la consulta.

## I. LA ESTRUCTURA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD DEL GRAN TEATRO DEL LICEO Y LA DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LA SOCIEDAD Y DE LOS SOCIOS

1. Los pocos autores que se han preocupado de estudiar la naturaleza jurídica de la SGTL, se plantean graves dudas sobre su encaje en alguna de las formas legales que regulan y determinan la estructura de las personas jurídicas. Se dice que no es una sociedad anónima, porque le falta el ánimo de lucro, lo que aparece claramente expresado en el art 3 de los estatutos, que excluyen de forma expresa, el mencionado ánimo de lucro. Se dice también que la forma asociativa que ad-

quirió en 1855 distorsiona la realidad de los derechos y deberes que los asociados tienen sobre la debatida propiedad del Gran Teatro (5). Se sugiere también que la mejor forma de explicar la actual situación de la SGTL es la de considerarla como una sociedad civil, aunque el art 1665 C.c. exige también la presencia del ánimo de lucro entre las finalidades de este tipo de sociedades (6).

Pienso que la cuestión de la naturaleza jurídica de la SGTL aparece distorsionada por una mala utilización de los conceptos con que se han venido identificando los derechos y deberes de los asociados desde el momento de la constitución de la sociación en 1855: efectivamente, los socios se han calificado como *propietarios*, cuando, en realidad, la propiedad ha pertenecido siempre a la SGTL, como se demuestra en la inscripción en el registro de la Propiedad, en 1873.

Por tanto, no existe ninguna duda acerca de que la forma asociativa que voluntariamente asumió la SGTL es la que debe servir para enmarcar el problema de la titularidad de la propiedad y de las relaciones de los socios con la SGTL. Y debe quedar claro que este es un punto previo, que determina que las discusiones se planteen en torno a una entidad que tiene personalidad jurídica independiente de los socios que la forman, con su propia capacidad para contratar y obligarse y que se rige por las disposiciones de su constitución; por tanto, por sus estatutos, reformados en 1983, la ley 191/1964, de asociaciones en aquello que esté vigente, y los arts. 35-39 C.c.

2. Dicho esto, debe matizarse la cuestión relacionada con el nombre que toma la mencionada asociación. La llamada *sociedad* sólo lo es en el sentido etimológico del término, ya que nos hallamos ante una forma asociativa, de naturaleza distinta a la sociedad, a pesar del nombre que la identifica.

Como tal asociación, la SGTL es una persona jurídica. Ello significa que tiene identidad diferente de la de sus asociados, porque la técnica de la llamada personalidad jurídica es una consecuencia del sistema de derechos subjetivos y de relaciones jurídicas de atribución individual: si el ordenamiento jurídico decide que son útiles las agrupaciones de personas que intentan cumplir unas finalidades colectivas, difíciles de conseguir individualmente, es lógico que, a continuación, se atribuyan a estos colectivos para poder funcionar, medios semejantes a aquellos de que gozan las personas individuales. Al reconocer que las agrupaciones de socios constituídas para obtener alguna finalidad amparada por el ordenamiento jurídico, tienen personalidad jurídica, se permite que utilicen el entramado normativo pensado preferentemente,

---

(5) FOLLIA CAMPS. *El Gran Teatre del Liceu. Estudi jurídic d'una Institució genuïnament barcelonina*. Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 1990, pp. 32 y ss.

(6) FOLLIA. *Ob. cit.* p. 35.

para los individuos humanos, las personas en sentido estricto. Por ello, las personas jurídicas, y la asociación lo es, pueden tener la consideración de personas y ser protagonistas activos y pasivos de relaciones jurídicas. Pero para distinguirlas, se afirma que las organizaciones gozan de *personalidad jurídica*, porque no son personas por naturaleza.

La consecuencia de la atribución de personalidad jurídica es la prevista en el Código civil: las asociaciones son titulares de derechos y obligaciones, de relaciones jurídicas, de forma independiente y aparte de las personas individuales que las forman (7).

El planteamiento general que acaba de hacerse requiere un segundo paso: ¿por qué si nos encontramos ante una asociación, en el sentido técnico del término, la SGTL recibe el nombre de sociedad? El art. 25.1 C.c. se refiere a las asociaciones como *personas de interés público*, frente a las sociedades, que son personas jurídicas de interés privado, que se rigen por el régimen de las sociedades mercantiles. Debe, por tanto, considerarse la idea presente en la época en que se constituyó la SGTL para llegar a las conclusiones pertinentes.

Efectivamente, las sociedades eran consideradas en el Código de comercio de 1829, vigente en la época de constitución de la SGTL, como los instrumentos adecuados para el desarrollo de la actividad económica; así el art 170 del mencionado Código de comercio permitía la creación de todo tipo de

«asociaciones que tuvieran por objeto cualquier empresa industrial o de comercio»,

pero como su base era idéntica a la de las asociaciones en sentido estricto, (agrupación de personas), se introdujo un elemento diferenciador: *el ánimo de lucro*. Por ello sólo podía considerarse como sociedad, si en su finalidad, la agrupación de personas perseguía un ánimo de obtener beneficios y ganancias económicas que incrementaran el patrimonio de la sociedad y el de los socios. Así se deduce también del art 1.º de la Ley de Asociaciones de 1887, que se aplicaba a aquellas asociaciones

«que no tengan por único objeto el lucro o la ganancia».

De estas razones, se deduce que en la época de constitución de la SGTL, la ley había realizado una opción básica: las asociaciones sin afán de lucro se sometían al régimen de la ley de asociaciones, a la que se refirió más tarde el art 35 C.c.; las asociaciones con finalidades lucrativas se regían por las normas del contrato de sociedad.

---

(7) CAPILLA, en LÓPEZ-MONTÉS. *Derecho civil. Parte General*. Valencia 1992. p. 461.



Aunque el panorama actual ha cambiado, aun debe seguirse manteniendo la distinción basada en la presencia o no del ánimo de lucro. De esta manera, las agrupaciones que no lo persiguen, no pueden ser calificadas jurídicamente como sociedades. Y este es el caso de la SGTL, de manera que el nombre que se atribuye ella misma en los estatutos no comporta que deba ser calificada como sociedad y regida por las normas de este tipo de contratos. Sino que se trata de una agrupación de personas, con una finalidad artística generada en torno a uno de los elementos de su patrimonio social, sin afán de lucro. De donde se deduce, por lo que se refiere al régimen aplicable, que la Ley 191/1964 constituye el marco de su régimen general, por lo que se produce legalmente una equiparación entre asociación de interés general y asociación sin afán de lucro (8). Esto anterior no significa que se prohíba a las asociaciones llevar a cabo actividades que comporten la obtención de ingresos; lo realmente prohibido, ya que en caso contrario nos encontramos ante una forma diferente, es que se repartan beneficios entre los asociados.

Las asociaciones con personalidad jurídica pueden adquirir y poseer bienes muebles e inmuebles, por cualquier título (art 38 C.c.), ser titulares de créditos y deudas y tener la titularidad de derechos reales de cualquier clase.

La cuestión radica en la calificación de la SGTL como asociación: la exclusión de la forma sociedad aparece claramente en los estatutos de 1855, que asumen conscientemente, la forma de asociación. Y también aparece en las sucesivas modificaciones de los estatutos, como se ha puesto de relieve en los antecedentes de este dictamen. Y si bien nunca se alude a la personalidad jurídica de la SGTL, la interpretación conjunta de los estatutos vigentes permite llegar a esta conclusión, en el momento en que se establece un domicilio social; el sistema de toma de acuerdos y, por tanto, de formación de la voluntad colectiva; los órganos de gobierno; el presupuesto y la forma de disolución y consiguiente liquidación de la asociación.

Cuestión básica para la argumentación que se está utilizando aquí a los efectos de determinar la independencia de la SGTL con respecto de los socios que la forman, radica en la interpretación del art 35 de los estatutos. (reproducido en los antecedentes transcritos), que determinan «el patrimonio de la sociedad», integrado, entre otros, por «los inmuebles de su propiedad». Es decir, los que lo sean de la SGTL, lo que demuestra su calidad de persona jurídica, con personalidad propia, ajustándose a las disposiciones del art 38 C.c. y las previsiones correspondientes de la ley 191/1964, en aquello que no esté derogado por la Constitución.

---

(8) CAPILLA, *Derecho civil*, cit. p. 505.

Como conclusión debe decirse que, a pesar de su denominación, no cabe duda que la agrupación de personas inscrita en el registro de la Generalitat con el nombre de *Sociedad del Gran Teatro del Liceo*, constituye jurídicamente, una asociación y, como tal, tiene capacidad para ser titular del derecho de propiedad del teatro y de los otros edificios que figuran inscritos a su nombre. Las instituciones deben interpretarse de acuerdo con la estructura jurídica que les sea más útil para su funcionamiento y el nombre que reciben sólo es indicativo, pero nunca determinante, de su auténtica naturaleza jurídica.

3. Partiendo de esta importante conclusión, la siguiente cuestión se centra en determinar la titularidad del inmueble correspondiente al Gran Teatro del Liceo.

Se ha dicho en el punto 2 de los Antecedentes, que el inmueble en cuestión está inscrito en el Registro de la Propiedad, desde 1873, a nombre de la Sociedad del Gran Teatro del Liceo. Y la inscripción no ha cambiado desde entonces, siendo así que se ha mantenido la SGTL en la forma jurídica en que se constituyó y que no se ha producido ninguna transmisión del inmueble donde está construido el Teatro.

Por tanto, si las personas jurídicas tienen capacidad para ser titulares del derecho de propiedad de cualquier tipo de bienes y la SGTL tiene inscrito a su favor la propiedad del inmueble que se cuestiona, se deduce de aquí que le pertenece dicha propiedad en virtud de los títulos que se mencionan en la escritura que dió lugar a la correspondiente inscripción.

4. Pero este razonamiento tropieza con un nuevo problema, seguramente el más complejo desde el punto de vista jurídico: *¿Qué tipo de derechos pertenece a los asociados?* Porque también aquí surge la necesidad de definir su postura en la estructura asociativa.

La primera conclusión que, evidentemente, se demuestra a continuación, consiste en la afirmación de que los socios de la SGTL *no son ni propietarios ni accionistas*. Y no lo son, porque no nos hallamos ante una sociedad por acciones, sino ante una asociación sin ánimo de lucro, como se ha dicho anteriormente. En todo caso, son titulares de una acción que en la que se hace constar su cualidad de socio, pero que no da derecho sobre ninguna parte material del patrimonio de la asociación. Se me pueden oponer diferentes argumentos, que deben ser considerados, porque debe perfilarse, muy claramente, la postura de los llamados accionistas y que en este dictamen, reciben el nombre de socios.

1.º Se puede decir que el título de cada socio está representado por una o más acciones y que tanto el número como el valor de estas acciones está determinado en relación con una parte del inmueble Teatro, más concretamente, con sus palcos y butacas. Esta es una objeción importante, porque según qué explicación reciba, puede introducir en la propiedad del Teatro un elemento comunitario sobre determinados partes, tal como se argumenta por quienes impugnan los acuerdos de la Junta general.

Acción es un concepto que sirve para definir la forma en que los socios participan en el patrimonio social. Como se verá más adelante, si bien la propiedad pertenece a la SGTL, el goce de esta propiedad pertenece a los socios y el grado de participación en el goce viene determinado por el número de acciones de que se es titular. Por tanto, los socios son titulares de un número de acciones que les dan derecho, no a una parte material de los inmuebles pertenecientes a la SGTL, sino a gozar de una parte material del Teatro. Nos encontramos ante el mismo supuesto del club deportivo, no constituido en forma de sociedad anónima, en el que, en virtud de su calidad de socio, tiene derecho a obtener, mediante el pago del abono correspondiente, un asiento para asistir a todas las manifestaciones deportivas que el club programe durante la temporada. El socio no es propietario del asiento, sino que tiene un derecho de goce como tal socio.

2.º Como consecuencia de los planteamientos aludidos, los impugnantes del acuerdo entienden que los socios son comuneros con relación al Teatro. Pero la pregunta inmediata resulta evidente: ¿quiénes son los otros comuneros? ¿Es que la SGTL tiene sólo una parte del inmueble? Entonces la inscripción registral resultaría falsa respecto de la titularidad, porque en ella figura la SGTL como propietaria exclusiva. Y también sería falso el art 35 de los estatutos de la SGTL. Por ello debe decirse que no existe ningún tipo de comunidad sobre las cosas que son propiedad de la SGTL: ésta es la única y exclusiva propietaria de sus inmuebles, entre ellos, el Teatro.

3.º Una objeción fundada que no se formula por parte de los impugnantes, pero que puede resultar de la interpretación de las disposiciones estatutarias relativas al derecho de transmisión de sus títulos por parte de los socios, es la de que en las asociaciones, la calidad de socio es personalísima y se extingue con la muerte del titular. Y que, en cambio, en la SGTL, la calidad de socio es transmisible por actos entre vivos (arts 6 y 9 de los estatutos) y por causa de muerte (art 7). Pero esta objeción no tiene un fundamento jurídico absoluto, porque si bien, como dice CAPILLA, «normalmente la condición de asociado, por no ser un derecho patrimonial, no es transmisible» (9), debe remarcar que el autor utiliza la palabra *normalmente*, lo que significa que nada impide que en los estatutos se establezcan sistemas distintos que permitan la transmisión de la cualidad de socio, por cualquier título, o únicamente por aquel título que se considere más conveniente para el cumplimiento de las finalidades sociales. Y ello más claramente cuando este derecho tenga un contenido patrimonial.

4.º Una nueva objeción frente a la consideración como socios de los mal llamados accionistas se encuentra en la obligación de adquirir

---

(9) CAPILLA. *Derecho civil*, cit. p. 519.

la correspondiente acción, mediante el pago de cuotas de indemnización que se fijan, de acuerdo con lo dispuesto en el art 8 de los estatutos. Esta cuestión debe recibir la misma respuesta que la anterior: toda asociación tiene libertad para determinar la forma en que las personas ajenas a ella misma pueden adquirir la calidad de socio. Es cierto que la entrada en vigor de la Constitución implica determinadas exigencias respecto de la igualdad de los asociados; pero el régimen de ingreso y baja en la asociación debe determinarse en los estatutos y estos deben establecerlo de acuerdo con las finalidades de la asociación de que se trate. Por tanto, nada impide que se exija el pago de una cuota, que podrá quedar determinada de forma global o uniforme, o bien de forma diferenciada, según el sistema de participación en el goce de los bienes sociales o, incluso, por relación a unas determinadas cuotas de bienes sociales.

5. Una objeción importante deriva de la lectura del art 12 de los estatutos, que establece que

«las localidades del teatro que pertenezcan a los accionistas representan el número de acciones que se expresan a continuación».

Este es uno de los argumentos en que se basa la impugnación presentada por los llamados *propietarios* y por esta razón se trata de forma individualizada en el apartado 6.

Una lectura literal del art 12 de los estatutos de la SGTL podría inducir a la conclusión de que existía un entramado de comunidades parciales sobre los elementos diferenciados del Teatro, es decir, sobre los palcos y las butacas. Pero ya se ha puesto de manifiesto que la terminología utilizada en las disposiciones estatutarias resulta muy ambigua. Esta ambigüedad, querida o no, introduce un considerable elemento de confusión en lo que debería ser una asociación semejante a otras que tienen actividades públicas equiparables (el anterior ejemplo de un club de fútbol). Pero la situación en la SGTL no es la misma y, por ello, debe darse un contenido específico a estos problemas.

— En una primera interpretación, se podría considerar que existe un derecho individual de los accionistas como consecuencia de la titularidad que reconoce la acción y que estaría identificado y se proyectaría sobre el palco o la butaca correspondiente. Ello determinaría la concurrencia de dos tipos de propiedad: la de la SGTL sobre el inmueble y la de cada socio sobre el palco o butaca.

— Ahora bien, esta distinción debería estar *expresamente* establecida y determinada, con un régimen de propiedad concretado. De esta manera se excluye que exista un sistema de propiedad horizontal porque

«s'haurien de configurar les llotges i butaques propietat del Teatre, bé com a elements comuns, la qual cosa repugna

perquè no serveixen a l'ús general, sinó als particulars, ja que són igual que les de propietat, si bé limitat l'ús a la funció de l'entrada; o bé se'ls hauria d'atribuir el caràcter d'atribució o element poscomunal (la clàssica botiga que es manté en propietat del tots els copropietaris per pagar les despeses comunes)» (10)

Pero es que, además, la constitución de la propiedad horizontal requiere la concurrencia de unos requisitos formales, sin cuya presencia no existirá como tal propiedad y que, concretamente y de acuerdo con el art. 5.1 de la ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal, se exige la concurrencia de un título constitutivo, que normalmente será la escritura pública; se exige además del título, la descripción de los bienes, de acuerdo con las exigencias de la ley hipotecaria y la fijación de las cuotas de participación que correspondan a cada una de las unidades independientes (art 3 LPH). Estos requisitos sólo pueden cumplirse de forma documental y nunca es posible la usucapión (11). De acuerdo con lo anterior, no se cumple en este supuesto ninguna de las exigencias de la Ley de Propiedad horizontal, para que se pueda considerar que nos encontramos ante un supuesto de régimen jurídico de propiedad horizontal. Dado que, insisto en ello, el inmueble se encuentra inscrito de manera exclusiva en favor de la SGTL, sin mención de ningún tipo de régimen especial de propiedad.

— Una segunda interpretación del art 12 de los estatutos se encontraría en la consideración del derecho de los socios como servidumbre personal de cada uno de ellos en contra de la SGTL y con las características de uso que se establecen en los Estatutos. Esta parece ser la opinión más generalizada (12). Aunque como se verá en el apartado siguiente, resulta contradictorio hablar de servidumbre personal de los socios sobre una cosa que pertenece a la asociación de que forman parte, como elemento personal indispensable para que exista base asociativa. Como dice Lacruz, refiriéndose a un supuesto análogo, el de la servidumbre personal de pastos sobre finca o fincas propias de los ganaderos, en este caso desaparece la servidumbre personal, porque los ganados pastan en la finca de los propietarios, en la forma y medida acordadas (13). Por lo tanto, y utilizando el mismo argumento, aunque no el ejemplo, si bien el inmueble del Teatro pertenece a persona distinta de los socios, estos forman parte de la SGTL, que es su propietaria y, por tanto, no pueden constituir un derecho real en las condiciones

---

(10) FOLLIA, *El Gran Teatre del Liceu*, cit. p. 38.

(11) MENDOZA OLIVAN en LACRUZ Y OTROS, *Elementos de Derecho civil III. Derechos reales*. Vol. 2.<sup>o</sup>. 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1991, p. 532.

(12) P. ej. FOLLIA no la excluye en la p. 36.

(13) LACRUZ en *Elementos cit.* p. 226.

actuales, mientras la cosa, el Teatro, siga perteneciendo a la SGTL, de la que forman parte.

— Se excluye la interpretación comunitaria si se argumenta por analogía con lo que sucede en las sociedades por acciones: en esta estructura jurídica, el socio es propietario/titular de la acción y la sociedad lo es del patrimonio social. No se provoca una situación de comunidad de los socios sobre los bienes que forman parte del patrimonio social, aunque en el momento de la disolución de la sociedad, tengan derecho a obtener la parte del patrimonio que quede como activo (art. 1708 C.c. en las sociedades civiles).

— Un último argumento derivaría de la lectura del art 13 de los estatutos que establece que el socio responde de las obligaciones y pago que está obligado a realizar

«con carácter específico con su butaca o palco».

Ello llevaría a considerar que estos elementos se incluyen en el patrimonio del deudor, porque en caso contrario no podría hacerse efectivo el principio de responsabilidad patrimonial universal, establecido en el art 1911 C.c., según el cual, el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros. Si el palco o la butaca están afectados a la responsabilidad por las deudas del socio con la SGTL, ello significaría, en el lenguaje *propietario* a que se ha aludido al principio, que el deudor pierde la propiedad en el caso de que existan deudas impagadas.

Pero esta interpretación lleva implícito un sofisma: de la afección de unos bienes al pago de las deudas no se puede deducir que los bienes afectados sean propiedad *exclusiva* y excluyente del deudor. Lo que se deduce del art 13 es que el socio moroso no tiene derecho a reclamar el disfrute que le corresponde, según se verá en el próximo apartado. Y que, por lo tanto, pierde el derecho que le proporciona la acción de la que es titular. *En definitiva, el art. 13 significa que pierde la cualidad de socio.*

6. Una correcta interpretación de la naturaleza jurídica de la SGTL estriba en distinguir los diferentes derechos inherentes a la propiedad de las cosas en general y estudiar la distribución que de estos derechos se realiza en los estatutos de la asociación SGTL.

Todas las definiciones describen el derecho de propiedad como la facultad de gozar y disponer de las cosas sobre la que ésta recae. Así aparece en el art 348 C.c., cuya definición se mantiene con la modalización de la función social, introducida por el art 33 CE.

El Código civil no define lo que deba entenderse por *goce*, pero se considera que consiste en la utilización directa de los bienes sobre los que el derecho de propiedad recae. Es decir, el goce de las cosas con-

siste en la posibilidad de obtener, de forma directa, las utilidades que la cosa objeto de la propiedad es capaz de proporcionar (14). El goce o disfrute consiste, pues, en la facultad de explotación directa de la cosa, que normalmente se lleva a cabo por el propio titular o por personas interpuestas.

El goce como posibilidad de obtener ventajas o utilidades se realiza sobre los bienes de forma directa o de forma indirecta; es decir, a través de la concesión a persona distinta del titular, sin perjuicio de la facultad de control de éste respecto de las personas concesionarias del disfrute de la cosa.

Este planteamiento teórico permite fijar la situación en que se encuentran los socios respecto a la propiedad de los bienes que integran el Teatro, que corresponde a la SGTL. Efectivamente, es indiscutible que la SGTL es la propietaria del Teatro; parece muy claro también que la estructura asociativa de la persona jurídica impide que se superpongan comunidades distintas sobre elementos concretos y diferenciados del Teatro, exceptuando el tema del Círculo del Liceo, que no es objeto de estudio en este dictamen. Por lo tanto, sólo queda un camino para ofrecer una explicación coherente de las relaciones internas de los socios respecto del disfrute y aprovechamiento del patrimonio de la asociación. Y esta explicación consiste en considerar que la forma en que una persona jurídica goza de las ventajas que le proporcionan los bienes cuya titularidad ostenta, es a través del uso de estos bienes por sus socios.

Por tanto, el derecho de gozar y disfrutar del Teatro tiene dos elementos:

1.º La explotación normal del Teatro, de acuerdo con las finalidades expresadas en el art 3 de los estatutos, que prevé un sistema de empresa, explotado directamente por la SGTL o bien a través de concesiones a terceros, que pueden ser personas jurídicas públicas o privadas o personas físicas ajenas a la SGTL (art 3.2 de los estatutos). Ello determina que la SGTL no se pueda separar de la gestión y por esta razón, forma parte del Consorcio del GTL, organismo que gestiona, de forma empresarial, las actividades del Teatro (15).

2.º La asistencia a las manifestaciones artísticas programadas por la forma de gestión del Teatro, que no se puede llevar a cabo *personalmente* por la SGTL, puesto que al tratarse de una persona jurídica y, por ello, inmaterial, no puede gozar por ella misma de estas manifestaciones artísticas, finalidad de la asociación. Por tanto, el disfrute se realiza a través de las personas de los socios, que materializan y hacen efectivo el derecho de gozar y disfrutar ínsito en el derecho de propiedad que pertenece a la asociación. Este derecho a disfrutar se tiene por

---

(14) MONTES a LÓPEZ -MONTÉS, coord. *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*. Valencia 1994, p. 73-74.

(15) Y a través de su participación en una fundación creada al efecto, como consecuencia de la cesión efectuada al CGTL.

ostentar la cualidad de socio, mientras esta cualidad se mantiene y siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el art 14 de los estatutos.

El derecho de goce, con la correspondiente explotación empresarial del Teatro, no hace que la asociación adquiera una característica mercantil: ya se ha dicho antes que se pueden explotar los bienes que forman el patrimonio social, siempre que esta explotación no provoque el reparto de los beneficios entre los socios, sino que estos beneficios reviertan en la propia asociación. Y esta es la situación, de acuerdo con lo que se dispone en el art 35, e) e los estatutos, que establece que forman parte del patrimonio de la SGTL las rentas de los bienes propiedad de la asociación.

7. Debe determinarse, por lo tanto, para acabar esta parte, cuál es el contenido del derecho de los socios (llamados accionistas). *Los socios de la SGTL tienen únicamente, un derecho de goce sobre elementos determinados del edificio del Teatro.* Pero antes de especificar cuáles son las características de este derecho, debe aclararse un punto complementario del anterior: la propiedad implica normalmente, que el propietario sea el poseedor de la cosa; ello está normalmente relacionado con el derecho a disfrutar. Pero la posesión es un hecho y como tal, requiere una tenencia material de la cosa, que debe entenderse como base física de la posesión (16).

A partir de aquí debe especificarse aun qué es lo que sucede cuando la posesión corresponde a una persona jurídica, como es el caso que me ocupa. Las personas jurídicas pueden ser poseedoras de las cosas cuya propiedad ostentan. Es evidente que al no tener las personas jurídicas el elemento físico, ya que , en definitiva, no son personas en el sentido estricto del término, deben ejercer sus derechos a través de personas físicas. Que es lo que sucede en este caso, en que el derecho se ejercita a través de los socios. Por lo tanto, el derecho de gozar y disfrutar, que incluye también la posesión, aunque no sea continuada, se ejerce por medio de los elementos personales de la SGTL, es decir, de los socios.

Ello implica la necesidad de determinar las características de este derecho.

1.<sup>a</sup> El derecho de goce de los socios/accionistas está concretado sobre un elemento, excluyéndose la posibilidad de reclamar otro. Es decir, que la adquisición de las acciones correspondientes da derecho a usar y disfrutar de una parte concreta del Teatro, pero no de las otras. Este derecho puede ser usado de forma excluyente por cada uno de los socios, siempre y cuando se cumplan las condiciones que se establecen

---

(16) ROCA TRÍAS a López- Montés coords. *Derechos reales*, cit. p. 153.



en los estatutos de la SGTL, de una parte y en los del Consorcio, por otra (arts 10, 11 y 12).

2.<sup>a</sup> El derecho de los socios no es absoluto, ya que está sometido al cumplimiento de las condiciones a que se ha aludido; por tanto, se establece un derecho de uso de los palcos y butacas limitado en el objeto, en el tiempo de uso y en la forma en que se accede al goce y disfrute.

3.<sup>a</sup> El carácter limitado de este derecho se manifiesta en la imposibilidad de cerrar los palcos y butacas, cuando el socio no está interesado en su utilización. Esta limitación deriva del elemento de función social de la propiedad que afecta al Teatro como tal y, por lo tanto, a la asociación que es su propietaria. Pero que al reflejarse sobre el derecho a gozar de los elementos asignados a la SGTL para su disfrute preferente, este derecho se proyecta sobre los derechos de los socios, determinando que, como directos usuarios de los elementos del Teatro, tienen su derecho limitado por la función social de la propiedad. Esta característica se refleja en el arts 12 de los estatutos del Consorcio del Gran teatro del Liceo.

4.<sup>a</sup> El derecho de los socios les obliga a participar en el levantamiento de las cargas que corresponden tanto a la SGTL, como tal asociación (arts. 13 y 15), como los que derivan de los pagos que se hayan de realizar, de acuerdo con el art 9 de los estatutos del CGTL y del art 41 de los Estatutos de la SGTL.

Esta es una característica normal en toda asociación (17).

5.<sup>a</sup> La condición de socio como poseedor por cuenta de la SGTL, permite realizar mejoras en los elementos en los que se ostenta un derecho de uso preferente; ello está previsto en el art. 16 de los estatutos de la SGTL, aunque las mejoras no son libres. Los socios no pueden decorar o mejorar el palco o butaca según su propio gusto, sino que ciertas obras, como:

«trabajos de albañilería..., establecerse cañerías, así como instalaciones eléctricas de clase alguna»,

no podrán llevarse a cabo,

«sin previa autorización de la Junta de Gobierno por escrito», es decir, de la propietaria.

Lo anterior se confirma en el art. 16.3 de los estatutos, donde se vuelve a repetir el concepto de autorización por parte de la Junta de Gobierno de la SGTL para las obras que se lleven a cabo por los socios.

---

(17) CAPILLA. *Derecho civil*, cit. p. 519.

Por lo tanto, la pretendida propiedad no es libre, ya que la única persona que podrá decidir cómo se realiza una mejora es la Junta de Gobierno, es decir, el órgano a través del cual se forma la voluntad de la asociación, propietaria del Teatro.

Ello lleva necesariamente a una conclusión: la posesión sobre el teatro es ejercida por los miembros de la SGTL en forma discontinua, no exclusiva, porque puede ser compartida con otras personas, incluso ajenas a la SGTL, cuando tiene lugar el supuesto previsto en el art 12 de los estatutos del CGTL. De esta manera, el derecho de gozar que la SGTL tiene como propietaria, se articula en base a la posesión individualizada de cada uno de los socios, sobre elementos concretos del edificio, correspondientes a lo que se halle descrito en el título de socio, llamado acción. Esta posesión se ejerce en nombre propio y por cuenta de la SGTL y excluye la posesión de otro socio, de acuerdo con el art 445 C.c.; la posesión incluye también el derecho de realizar mejoras que no sean las que sólo pueden ser llevadas a cabo por la propia SGTL y obliga a contribuir a los gastos.

## II. LOS EFECTOS QUE EL ACUERDO DE 7 DE ABRIL DE 1994 PRODUCE SOBRE EL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD DEL GRAN TEATRO DEL LICEO

1. Los acuerdos de la Junta general, de 7 de abril de 1994, significarán un cambio sustancial en el patrimonio de la SGTL, caso que sean aceptados por el CGTL.

Efectivamente, la SGTL cede al CGTL la propiedad del edificio donde se encuentra el Teatro y constituye en favor de la propia SGTL un derecho real limitado de servidumbre personal, que tendrá el siguiente contenido:

«el derecho de los accionistas de la Sociedad Gran Teatro del Liceo a utilizar los palcos y butacas, como consecuencia de la reconstrucción, de la misma forma en que se utilizaban el día del incendio....».

Deben, por lo tanto, estudiarse tres cuestiones importantes sobre el contenido del acuerdo de modificar el patrimonio: 1.<sup>o</sup> Cuál es la naturaleza del derecho de servidumbre personal y cómo se constituye; 2.<sup>o</sup> Si la creación de este derecho supone la extinción de la SGTL o, como mínimo, alteración de los estatutos de la asociación; 3.<sup>o</sup> Si concurrió el quorum previsto en los estatutos para tomar válidamente los acuerdos de la Junta general de 7 de abril.

2. A) *Naturaleza y contenido del derecho real de servidumbre personal.*

El art 531 C.c. establece lo que sigue:

«también pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada».

Con esta disposición, el Código civil regula la llamada *servidumbre personal*, es decir,

«todo beneficio que pueda extraerse de un fundo ajeno, independientemente de ser o no, titular de otro fundo» (18)

En definitiva, la servidumbre personal implica un gravamen sobre una finca ajena, en este caso, el edificio del Gran Teatro del Liceo, para su directa utilidad y para poder cumplir el objetivo social establecido en el art 2 de los estatutos de la SGTL. La servidumbre personal es un derecho real en cosa ajena.

Al estudiar las servidumbres personales, LACRUZ considera que:

«el interés del individuo en derivar en provecho directamente propio alguna utilidad del fundo ajeno, utilidad que puede satisfacerse...en la forma *erga omnes* de la servidumbre, y entonces relativamente a utilidades singulares de un fundo que presentan el mismo interés para el propietario vecino como para cualquier otra persona». (19)

La característica señalada por Lacruz es exigida también por la jurisprudencia que se ha ocupado del tema

Según las sentencias del Tribunal Supremo de 18 diciembre 1933 y 12 noviembre 1959,

«la servidumbre personal consiste en la atribución a una persona de cualquier utilidad parcial y determinada que un predio sea susceptible de proporcionar, y que se rigen por el título constitutivo, que es el que determina su extensión. ...La servidumbre personal se reconoce cuando se conceden determinados aprovechamientos, pero con la expresa y terminante declaración de que el concedente conserva la propiedad sobre las tierras cuya utilización parcial cede» (20) .

---

(18) ROCA JUAN. Comentari a l'art 53<sup>o</sup>1 C.c. en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. VII. 2. Madrid, 1978, p. 24-25.

(19) LACRUZ, en *Elementos*, cit. p. 220 y nota 4 de esta misma página.

(20) ROCA JUAN. *Comentarios*, cit. p. 26.

La sentencia de 20 de noviembre de 1908, abundantemente citada por la doctrina, considera que el derecho a usar un balcón reservado a su favor por el propietario que vendía la casa, para poder asistir a los acontecimientos que periódicamente se celebraban en la plaza del pueblo, a donde daba la fachada principal de la casa, era un derecho de servidumbre personal. Y la doctrina jurídica italiana ha atribuido la naturaleza de servidumbre irregular a los derechos de palco en teatros. No hablan estos autores de servidumbres personales, sino que las califican como irregulares, porque esta figura desapareció con este nombre en el Código italiano de 1863.

La servidumbre personal se puede constituir en favor de una persona jurídica (así, por ejemplo, la sentencia de 11 de noviembre de 1967).

Estas servidumbres se rigen por el título de su constitución, son transmisibles, hipotecables (art. 107.5 LH) y enajenables, excepto que en el título de constitución se haya establecido una característica diferente.

Se puede alegar que este tipo de derecho real en cosa ajena en que la servidumbre personal consiste, no puede pactarse en Cataluña, ya que no está prevista de forma específica en la ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad. Sin embargo, esta alegación sería fácil de rechazar, porque si bien la mencionada ley no la prevé en forma directa, tampoco la prohíbe y puede ser objeto de pacto en virtud de la autonomía de la voluntad.

3. En principio la servidumbre personal a que se alude en el acuerdo de la Junta extraordinaria de 7-4-1994 tiene las características siguientes:

1.<sup>a</sup> Es personalísima, porque el titular es la persona jurídica en calidad de tal y no la puede transmitir a terceros (pacto tercero, punto 2 de los acuerdos de la Junta de 7-4-1994).

2.<sup>a</sup> Es perpétua porque el título de constitución no establece su duración. (21)

3.<sup>a</sup> Está constituida a través de un *constituto posesorio*, previsto en el art 277 CDCC; es decir, que el propietario, la SGTL, no se desliga de la relación que tenía con la cosa, el Teatro, sino que sigue manteniendo una relación jurídica a través de un derecho real de goce, la servidumbre personal, creada en el momento de la transmisión de la propiedad del Teatro al CGTL.

En consecuencia de lo anterior, a partir del momento en que el Consorcio acepte el acuerdo de la Junta extraordinaria de 7-4-1994 y se formalicen las correspondientes escrituras, se producirán los efectos siguientes:

---

(21) CLEMENTE, en López-Montés, coords. *Derechos reales*, cit. p. 530.

1.º El CGTL adquirirá la propiedad de la finca donde se encuentra el Teatro.

2.º Esta propiedad estará gravada con un derecho real de servidumbre personal, cuyo beneficiario es la SGTL.

3.º Que esta servidumbre personal está constituida para que la SGTL pueda seguir cumpliendo las finalidades previstas en el art 2 de los Estatutos que la regulan.

4.º Como consecuencia de este contrato, se producirá una modificación del patrimonio de la SGTL.

4. La constitución de la servidumbre personal forma parte del contenido normal de cualquier contrato. Se debe calificar el contrato que deberá celebrarse entre la SGTL y el CGTL en el momento en que por parte de éste, se acepte la propuesta formulada por la SGTL.

1.º Se trata de un contrato con causa gratuita, porque no existen contraprestaciones por parte del CGTL que puedan tener la consideración de precio.

2.º A pesar de lo anterior, debemos calificar el contrato como *donación onerosa*, de acuerdo con el art 619 C.c., que establece que es donación

aquella «en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado» (ver también art. 622 C.c.).

Los gravámenes impuestos aparecen descritos en el pacto tercero del acuerdo en el que el CGTL asume la obligación de reconstruir, mejorar las instalaciones y realizar funciones de ópera y otros espectáculos semejantes y a reconocer el derecho real de servidumbre en favor de la SGTL.

3.º La cesión de la propiedad está sometida a condición resolutoria, consistente en que el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el CGTL, dará lugar a la resolución de la cesión (pacto 5.º).

Por tanto, la transmisión de la propiedad consecuencia de este acuerdo, será inscribible en el Registro de la propiedad, haciendo constar el gravamen de la servidumbre personal y la condición resolutoria pactada.

El régimen jurídico de esta donación será el que se establezca en el pacto y en lo no previsto, regirá el art. 622 C.c. En lo que supera el gravamen, se aplicarán las normas de la donación y en relación al valor de la carga impuesta al donatario, se aplicarán las normas relativas a los contratos onerosos (22).

---

(22) GULLÓN. *Curso de Derecho civil. Contratos en especial*. Madrid, 1968. p. 85.

Una cuestión relacionada con la calificación del contrato deriva de la pregunta acerca de la capacidad de las personas jurídicas para realizar donaciones. Y más concretamente, podemos preguntarnos si la SGTL tiene esta capacidad. Se entiende que las personas jurídicas que tienen ánimo de lucro no pueden realizar donaciones, porque el negocio jurídico gratuito es contrario a sus finalidades. Pero no lo es en el caso en que la persona jurídica sea una asociación que no persiga la obtención de un beneficio económico. Por esta razón, y por no estar prohibido expresamente en los estatutos, considero que la SGTL puede tomar legalmente el acuerdo de donar. Teniendo en cuenta, además, que como se ha dicho este contrato no tiene una causa exclusivamente gratuita, sino que se trata de un negocio mixto, en tanto que se combinan las causas onerosa y gratuita en el momento en que se constituye la servidumbre personal que se está estudiando.

5. B) *Efectos que produce el cambio de patrimonio en la estructura de la SGTL.* Es evidente que la cesión al CGTL del edificio del Teatro y de sus subrogados (básicamente el seguro para el caso de incendio), implica un cambio en el patrimonio de la SGTL, que pasará de ser propietaria del edificio donde actualmente se encuentra ubicado el Teatro, a ser titular de un derecho real de servidumbre personal contra el mencionado inmueble, cuya efectividad es reclamable al nuevo propietario, el CGTL.

Pero debe dejarse claro si este cambio en el patrimonio social altera, por un lado, el objeto de la SGTL establecido en el art 2 de los estatutos y, por otro lado, implica una disolución de la asociación. Porque es evidente que según cuál sea la respuesta a estas dos preguntas, la tercera cuestión que me propongo tratar, es decir, la relativa a los quorums necesarios para tomar los acuerdos, tendrá una u otra respuesta.

El cambio se produce únicamente en el patrimonio de la SGTL, que pasa a tener unas titularidades distintas a aquellas que hasta el momento de la cesión tenía. Ya se han transcrito, en el punto 5 de los antecedentes, las disposiciones estatutarias de las que se deduce que en ninguna norma de los estatutos figura que la SGTL tenga como único bien en su patrimonio el mencionado Teatro. Es evidente que la propiedad del Teatro se deduce del mismo nombre que toma la asociación y de la alusión que figura en el art 2.1 de los estatutos cuando se refiere a la finalidad de organizar manifestaciones culturales,

«en el inmueble de su pertenencia»,

que es sin duda el Teatro. Por tanto no es dudoso ni discutible que la propiedad pertenece a la SGTL, dado además el dato registral.

Por tanto, en el momento en que se produzca la transmisión, la SGTL experimentará un cambio en su patrimonio, y pasará a ser titular de un derecho de servidumbre personal en contra de quien sea el propietario del Teatro.

Hay que tener en cuenta que las asociaciones no se disuelven necesariamente por la pérdida de su patrimonio: lo que sucederá es que la pérdida comportará que no puedan cumplir las finalidades previstas y será esta imposibilidad la que determinará, en su caso, la pérdida de la personalidad jurídica.

Pero la modificación del patrimonio de la SGTL no produce necesariamente una alteración del objeto social: el objeto de la SGTL es el fomento del arte en el edificio del Teatro y esta es una finalidad que se impone como carga de quien sea el propietario del edificio en cada momento histórico. Por esta razón, el acuerdo 3, c) de los propuestos por la Junta general extraordinaria obliga al nuevo propietario a

«realizar en él las representaciones musicales, especialmente ópera, ballet y conciertos, manteniendo la frecuencia, el número y calidad de las mismas como hasta el siniestro».

Y el incumplimiento de esta obligación dará lugar también al ejercicio de la acción correspondiente a la condición resolutoria, que afecta a todo el pacto de cesión. Y legitimada para el ejercicio de la correspondiente acción por incumplimiento de los pactos lo está solamente la SGTL: la condición resolutoria no tendría ninguna eficacia si quien puede controlar las actividades del nuevo propietario dejase de tener personalidad jurídica ¿Quién estaría legitimado, entonces, para pedir el retorno de los bienes si la SGTL hubiese dejado de existir? ¿A dónde deberían retornar los bienes y quién sería su nuevo propietario?

Por tanto, el objeto de la SGTL sigue siendo el mismo y una demostración de ello es que la SGTL es la titular para ejercer la acción derivada del incumplimiento de los pactos de la cesión, si se produjera. La SGTL está legitimada para exigir el cumplimiento de los acuerdos y para conseguirlo tiene en sus manos una poderosa arma legal: la posibilidad de resolver el contrato. Y pensemos que no existe un límite temporal para el ejercicio de esta acción.

Un nuevo argumento en favor de esta tesis se encuentra en el pacto sexto de los propuestos, que prevé la constitución de una fundación,

«constituída únicamente por la Sociedad del Gran Teatro del Liceo. El fin de esta fundación, que tendrá vocación de vida indefinida para poder cumplir sus finalidades de servicio en interés público y social, será la de fomentar y hacer accesible, por encima de los intereses particulares, el arte musical y la cultura en general, a través de la explotación del Teatro....En consecuencia, el Consorcio establecerá que la explotación exclusiva y permanente del Teatro corresponderá a la fundación, de modo que no pueda ser utilizado para fines diferentes de los señalados».

Ello significa, por lo tanto, que si la SGTL se integra en una fundación, que constituye únicamente ella y que las finalidades de la fundación, en la que se integra la SGTL, son la gestión y la explotación del Teatro, la SGTL consigue cumplir con el objeto social previsto en el art 2: el fomento del arte,

«mediante representaciones escénicas o conciertos en el inmueble de su pertenencia».

Y como para poder cumplir el objeto social no es necesario tener ni la gestión directa del Teatro ni la propiedad del mismo, de aquí se deduce que aunque no cambie el objeto social, la SGTL no se extingue, porque el cambio de patrimonio no implica el cambio del objeto social. En definitiva, las asociaciones sólo se extinguen si dejan de poder cumplirse el objeto social, no si pierden el patrimonio, como ya se ha visto. Y en el caso que nos ocupa no sucede ni una cosa ni otra.

6. C) *Los efectos del acuerdo en los derechos de los socios.* Con toda seguridad, esta es una cuestión básica en cualquier impugnación que pueda presentarse. Se podría argumentar que los socios han sido perjudicados, porque el derecho que tenían antes de los acuerdos, ha sufrido cambios sustanciales como consecuencia de los mismos y la correspondiente cesión al CGTL.

Si examinamos el punto c) del apartado tercero de los acuerdos de abril de 1994, donde se describen los derechos de los socios como contenido de la servidumbre personal que se crea, y los comparamos con el contenido del derecho de los socios previsto en los arts 10, 11 y 12 de los estatutos del CGTL, veremos que, sustancialmente, el ejercicio de la servidumbre personal se llevará a cabo en la misma forma en que hasta ahora se ejercía la propiedad del Teatro: a través de los socios, que se encuentran en la misma situación que se ha descrito en el punto I,7 de este dictamen. Por tanto, el disfrute coincidirá con el que tenían antes de la cesión, pero en vez de proceder de la propiedad que correspondía a la asociación, procederá de la servidumbre personal atribuida a la SGTL. El derecho de gozar y disfrutar de los beneficios que proporciona el derecho real les sigue perteneciendo casi en las mismas condiciones.

La única diferencia que se producirá entre la situación actual y la situación consecuencia del acuerdo de cesión, radica en la atribución al CGTL del derecho de retracto, cuando el socio transmita la acción de que es titular y que le proporciona el derecho de usar y disfrutar, a título oneroso y a personas que no sean algunos de los parientes contemplados en el acuerdo tercero 4, b), es decir, al cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, sobrinos carnales y otros cotitulares del palco o butaca. En los casos en que se efectúe una transmisión a título oneroso a personas distintas de las descritas, el CGTL tiene un derecho de adquisición preferente que le permitirá redimir la butaca o palco,



pagando, sin embargo, no el precio de venta que el socio haya obtenido en el mercado, sino un precio fijado previamente en los acuerdos a que lleguen el CGTL y la SGTL, que se verá incrementado por la aplicación del IPC de Barcelona capital.

Se puede objetar que no es posible la existencia de un retracto voluntario. La mejor doctrina considera que estos derechos son admisibles en nuestro sistema jurídico, en base al art 1255 C.c. y que, por lo tanto, nada se opone a que, si el retracto tiene causa legitimadora suficiente, pueda ser inscrito en el Registro de la Propiedad, tal como se establece en la resolución de la Dirección general de los Registros, de 20 de septiembre de 1966. La inscripción otorga al derecho de retracto eficacia real, es decir, que se puede oponer *erga omnes* (23).

Ahora bien, podríamos preguntarnos si esta concesión modifica los derechos de los socios. Y la respuesta es clara: sí. Los derechos de los socios aparecen configurados en los estatutos de la SGTL y, por tanto, deben ser modificados a partir de una modificación de los estatutos. En consecuencia, el pacto que se examina sólo tendrá efecto si consta la modificación estatutaria, que puede producirse después de la aceptación, por el CGTL, de la fórmula de cesión propuesta por la SGTL. En el caso que esta aceptación no se produjese, sería ineficaz el mencionado pacto y los derechos de los socios seguirían configurados de la misma forma prevista hasta ahora. Esta conclusión es clara, porque la transmisibilidad del título está prevista en los estatutos y afecta al derecho de los socios, no el disfrute. Y por tanto, debe introducirse la correspondiente modificación.

7. D) *Quorum necesario para la validez de los acuerdos.* Dadas las anteriores conclusiones, la respuesta resulta muy sencilla. Y daré la respuesta por exclusión de las diferentes posibilidades que se pueden plantear, aunque ninguna de ellas sería coherente con los razonamientos que se han utilizado hasta aquí para explicar la estructura de la propiedad del Gran Teatro del Liceo.

1.º En el acuerdo de abril de 1994 no se dispone de un condominio que pertenezca a terceros ajenos a la SGTL; en resumen, no se dispone de los derechos de los socios. Ello es una consecuencia de que la propiedad del Teatro pertenece a la SGTL y, por lo tanto, sólo ella puede tomar el acuerdo de contratar sobre esta propiedad. Ello conduce a la exclusión de la unanimidad.

2.º El acuerdo de abril de 1994 no tiene como consecuencia, ni directa ni indirecta, la extinción de la SGTL, sino que, al contrario, la SGTL se mantiene con el objetivo previsto en el art 2 de los estatutos y, por tanto, conserva la personalidad jurídica. Por esta razón no se puede aplicar el art 37 de los mencionados estatutos, que requiere unos

---

(23) Díez PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, T. III, 5.ª ed. reimpr. 1993, p. 604 y BLASCO, en LÓPEZ-MONTES, coords. *Derechos reales*, cit. p. 635.

quorums de asistencia y votación específicos para los supuestos de extinción de la SGTL.

3.º El acuerdo de abril de 1994 consistió sólo en una propuesta efectuada al CGTL y no tiene la virtualidad de modificar los estatutos de la SGTL. Por tanto, no se puede aplicar el art. 40 de los mencionados estatutos, que prevé los quorums requeridos para la modificación de los mismos. Parece, sin embargo, que el cambio del patrimonio implicará una modificación, como ocurrió en 1980, cuando se creó el Consorcio; pero el acuerdo sobre la posible modificación no debe tomarse antes de que la propuesta haya sido aceptada por el CGTL y firmados los correspondientes documentos de la cesión.

4.º La Junta General tiene competencia para adoptar el acuerdo sobre la transmisión de la propiedad al CGTL. Y ello en base a los siguientes argumentos, que se deducen de la normativa estatutaria:

— El art. 31.3 de los estatutos, al fijar las competencias de la Junta de Gobierno de la SGTL, establece:

«podrá firmar o delegar la firma para toda clase de contratos relativos a bienes muebles o inmuebles. *No obstante, para los actos relativos a la disposición, enajenación o gravamen de inmuebles se requerirá acuerdo expreso de la Junta general*».

— Entre los inmuebles propiedad de la SGTL figura el propio Teatro, cuya disponibilidad no está exceptuada de la capacidad de decisión de la Junta General. Y no se puede decir que quedaba excluído per se, porque la SGTL es una asociación y no una fundación; el Teatro no es un bien de dominio público que se halle fuera del tráfico jurídico y en ninguna norma estatutaria se establece un régimen especial para el Teatro.

— La forma de adopción de los acuerdos de la Junta general está prevista en el art 20.4 de los estatutos que establece que:

«se entenderá que existe acuerdo cuando voten a favor del mismo. presentes o representados, la mitad más uno de las acciones asistentes».

Esta es la única norma estatutaria que determina cómo se forma la voluntad de la SGTL; vuelvo a repetir que los estatutos no prevén quorums especiales, según sea el objeto del acuerdo, excepto cuando se trate de la disolución de la SGTL. Por tanto, siendo las normas estatutarias las que rigen la forma de adopción de acuerdos y estableciéndose en el art 22.4 de los estatutos el quorum de la mayoría absoluta, lo que procede ahora es comprobar si concurrió esta mayoría para saber si el acuerdo de la Junta general fue adoptado correctamente.

Efectivamente, la SGTL está formada en este momento por 688 acciones; asistieron, personalmente o por representante, 585. El acuerdo de cesión obtuvo 356 votos favorables, requiriéndose sólo 294 votos para su válida adopción. Por tanto y aplicando los anteriores razonamientos, resulta válidamente constituida la voluntad de la SGTL en relación al acuerdo de cesión del edificio y constitución del derecho real de servidumbre personal.

### III. LA VALIDEZ DE LA JUNTA EXTRAORDINARIA DE 7 DE ABRIL DE 1994

En la consulta efectuada se pide que se dictamine acerca de si la Junta extraordinaria que tomó los acuerdos analizados hasta aquí, estaba constituida de acuerdo con las previsiones estatutarias. Las razones alegadas por los impugnantes se basan en la rectificación de erratas aparecida el día 24 de marzo, dos días después de la convocatoria de la Junta en el diario «La Vanguardia», lo que impediría que existiese el plazo de 15 días para la convocatoria de las Juntas, exigido en el art. 19 de los estatutos de la SGTL. En la demanda presentada por un grupo de socios, se insiste en este tema, pidiéndose la nulidad de los acuerdos tomados en la Junta de 7 de abril, por defecto en la convocatoria.

1. El art 19 de los estatutos de la SGTL determina el sistema de la convocatoria de las Juntas generales, sean ordinarias o extraordinarias.

Esta disposición establece lo que sigue:

«La Junta general será convocada mediante anuncio publicado en un periódico de mayor circulación del domicilio social *con antelación mínima de quince días*. Con carácter no preceptivo la Junta de gobierno comunicará la celebración de la asamblea por correo a los señores accionistas.

El anuncio expresará el lugar día y hora de la reunión y los asuntos que han de tratarse. *Podrá* también expresar la fecha en que se reunirá la Junta en segunda convocatoria.

Entre ambas convocatorias debe mediar *un plazo de media hora por lo menos*."

Se debe estudiar, por tanto, si se cumplieron todos los requisitos exigidos en los estatutos. Pero antes se debe determinar si la disposición transcrita es correcta, puesto que aparecen algunas dudas por lo que respecta a la segunda convocatoria.

El art. 10.4 del Decreto 1440/1965, de 20 de mayo, que dictó normas complementarias de la Ley de asociaciones, de 24 de diciembre de 1964, establece que, salvando lo que disponen los estatutos de cada asociación, en la convocatoria se podrá hacer constar la fecha de celebración de la Junta en segunda convocatoria,

«sin que entre una y otra reunión pueda mediar un plazo inferior a veinticuatro horas».

Esta norma parece entrar en contradicción con lo dispuesto en el transcrito artículo de los estatutos, porque en éste se prevé un plazo de media hora entre la primera y la segunda convocatoria, mientras que en el art 10.4 del D. de 1965 se exige un mínimo de 24 horas.

Este argumento, sin embargo, resulta poco convincente desde el punto de vista formal, ya que para poder tener éxito en la impugnación, deberían haberse impugnado a la vez los estatutos, ya que la Junta de gobierno convocó la Junta general extraordinaria de acuerdo con lo que se prevé en el art 19 de los estatutos. Que nunca había sido cuestionado por los socios y que había regulado de forma habitual las reuniones de la Junta general, tal como se desprende del acta de la reunión de la Junta, el día 3 de marzo de 1994, donde se lee que:

«el Sr. Presidente declara la Junta General válidamente constituida en segunda convocatoria para tratar de los asuntos que constan en el orden del día de la convocatoria».

Pero es que la misma norma se establecía en los «Estatutos para el régimen y gobierno de la Sociedad del Gran Teatro del Liceo», de 1965, versión que corresponde a la modificación efectuada para adecuar los antiguos estatutos a la ley de 1964. El art. 27 establecía que:

«después de *media hora de la señalada en la convocatoria*, las Juntas generales quedarán legalmente constituídas, cualquiera que sea el número de los concurrentes, y los acuerdos tendrán fuerza obligatoria para todos los accionistas».

Por tanto, los socios habían sido convocados habitualmente en estas condiciones como mínimo desde el año 1965, sin que nunca hubiesen impugnado los acuerdos tomados por las Juntas generales en base a este razonamiento, ni hubiesen hecho reserva de su derecho a impugnar los mencionados acuerdos por las razones aducidas. En consecuencia y aplicando la doctrina de los actos propios, se puede interpretar que los socios convalidaron con su prolongada actuación, el hipotético defecto del art 27, primero, y 19 en la actual versión de los estatutos. Y por lo tanto, de acuerdo con el principio general antes aludido, no se puede ahora impugnar la convocatoria de la Junta hecha respetando todos los requisitos establecidos en la norma básica de la asociación.

Pero hay más: los propios socios crearon una costumbre civil, en contra de una norma administrativa (la del D. 1440/1965), que fue recogida en los vigentes estatutos para hacer viable la constitución de la asamblea y facilitar la adopción de los correspondientes acuerdos.

2. El siguiente problema se refiere a la falta de plazo que se alega existe entre la fecha de la convocatoria y los anuncios aparecidos en la prensa.

La convocatoria de una Junta General tiene dos finalidades esenciales:

— La primera, dar a conocer a los socios el día de la celebración de la Junta y los asuntos que deberán tratarse en ella.

— La segunda, determinar la legitimación para asistir a la Junta. Esta segunda finalidad no tiene importancia en el caso que aquí se trata, ya que los estatutos no exigen una convocatoria personalizada.

Me centraré, por tanto, en la primera de las finalidades expresadas, que es la que sirve de base a la demanda presentada.

En primer lugar, debe quedar claro que la norma que rige las convocatorias en las asociaciones es la establecida en los correspondientes estatutos, y que a falta de disposición estatutaria, rigen las disposiciones generales. Es sabido que no existe una norma general en la Ley de asociaciones ni en el D. 1440/1965, por lo que se pueden aplicar por analogía las normas relativas a las sociedades anónimas y la ley 12/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la administración de la Generalitat de Cataluña. Pero quiero dejar bien claro que se trata de normas aplicables por analogía, no directamente, en tanto que la materia que regulan tiene semejanza con lo que debería haberse previsto en relación a las asociaciones y que no se preveyó, por descuido de la ley.

Los requisitos que prevé el art 19 de los estatutos de la SGTL, en relación con la convocatoria de las Juntas generales responden a la finalidad de ofrecer a cada socio la posibilidad de intervenir en las juntas, con el conocimiento previo de los asuntos que deben ser tratados en ellas (24). Por tanto, en toda convocatoria deben figurar los siguientes elementos:

- 1.º El día y hora de celebración de la Junta,
- 2.º El lugar de celebración de la Junta;
- 3.º Los puntos a tratar.

El régimen de las convocatorias debe estar establecido en los estatutos (art. 27.1 de la ley catalana 12/1989) y es evidente que este régimen aparece perfectamente determinado en el art 19 transcrito.

A partir de aquí se plantea el problema de si se respetaron o no los plazos fijados en el mencionado art 19 respecto de la convocatoria de la Junta general, lo que implica la necesidad de estudiar los términos de la convocatoria de la Junta, realizada el día 22 de marzo de 1994.

---

(24) MUÑOZ PLANAS en Uría, Menéndez, Olivencia. *Comentario al régimen general de las sociedades mercantiles*. T. V. Madrid, 1992, p. 84.

3. En el anuncio aparecido en «La Vanguardia» se lee lo siguiente:

«Sociedad del Gran Teatro del Liceo. Junta General extraordinaria.

A tenor de lo dispuesto en el art 19 de los Estatutos vigentes, la Junta de gobierno convoca a la General extraordinaria de señores Accionistas para el día 7 de abril, a las 17 horas en primera convocatoria y a las 17,30 horas en segunda convocatoria, en la Cámara de la Propiedad urbana, calle Princesa 1-3. El orden del día es el siguiente:

1.— Exposición por la Junta de gobierno de la propuesta formulada por la Administración y aclaración de las dudas que la misma pueda suscitar...

2.— Aprobación si procede por la Asamblea de la propuesta anterior.

3.— En caso de aprobación de la propuesta citada anteriormente, delegación en el Presidente y el Secretario de la Junta de Gobierno de la Sociedad del Gran teatro del Liceo para firmar los documentos públicos y privados necesarios o convenientes para formalizar el acuerdo con la Administración. Asimismo se designa al Vicepresidente para una eventual sustitución».

Juntamente con el orden del día transcrito aparecen los documentos siguientes:

1.º La propuesta formulada por la administración, sobre la cesión de la propiedad, que deberá discutirse en el primer punto del orden del día.

2.º El anexo a que se refiere el punto 3, d), 3º de la mencionada propuesta de la Administración, donde se identifican los palcos y butacas afectados por el derecho de servidumbre personal que se crearía, caso de ser aprobado el anterior punto del orden del día por la Junta general.

Por tanto, estos dos documentos se sitúan fuera del orden del día propiamente dicho. Constituyen simple información y se podrían haber entregado en mano en el mismo momento de la celebración de la Junta, o haberse enviado por correo individualizado, en un momento posterior, etc.

En definitiva, lo que resulta indispensable para que la Junta deba considerarse bien constituida y la convocatoria bien realizada, es que se comunique a todos los socios los puntos sobre los que deberán pronunciarse durante la celebración de la asamblea. El texto del acuerdo que se someterá a votación constituye simple documentación, que puede acompañar o no a la convocatoria (ver art. 31.1 de la ley 18/1989).

4. La rectificación aparecida el día 24 de marzo hace referencia, por tanto, a un punto de la documentación correspondiente al acuerdo previsto en el primer punto del orden del día y se refiere únicamente a unos errores cometidos en la transcripción de la lista de palcos y butacas afectados por el posible acuerdo de transmisión de la propiedad, que deberá tomarse por la asamblea de socios/accionistas. La nota del día 24 de marzo no permite entender que se efectuó una nueva convocatoria porque:

- 1.º No altera el orden del día ya fijado.
- 2.º No introduce nuevos puntos en el orden del día.
- 3.º Ni tan solo modifica el texto de la documentación presentada en relación al punto 1º del orden del día.
- 4.º No cambia ni el lugar ni la fecha ni la hora de la convocatoria.

De aquí se deduce que la rectificación del día 24 de marzo no induce a errores ni provoca confusiones. La Junta general extraordinaria hubiera estado igualmente bien convocada sin la transcripción de la propuesta de acuerdo y además, la rectificación se produjo con relación al anexo de la propuesta, de manera que ni tan sólo se altera su texto.

A partir de aquí debe entenderse que la rectificación publicada en «La Vanguardia» del día 24 de marzo constituye una corrección de errores materiales que no corresponden al texto del orden del día de la convocatoria, sino al documento que la acompaña. Y que por esta razón, no se trata de una nueva convocatoria.

La Junta de gobierno de la SGTL respetó escrupulosamente los plazos establecidos en el art 19 de los Estatutos, ya que el anuncio apareció en el diario «La Vanguardia» del día 22 de marzo y la Junta general extraordinaria tuvo lugar el día 7 de abril. Se actuó, por tanto, de acuerdo con lo establecido en el art 5 C.c., donde se exige que en los plazos

«señalados por días, a contar desde uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente».

Por consiguiente, la alegación de que durante este periodo había días inhábiles, porque coincidía con la Semana Santa, carece de fundamento, porque nos encontramos ante un supuesto de cómputo civil de los plazos, y de acuerdo con el propio art 5.2 C.c.

«en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles».

De acuerdo con los anteriores razonamientos, se formulan las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.** A pesar de la denominación históricamente utilizada, no existe ninguna duda que la agrupación de personas, inscrita en el Registro de Asociaciones de la Generalitat con el nombre *Societat del Gran Teatre del Liceu*, constituye jurídicamente una asociación y como tal, tiene la capacidad para ser titular del derecho de propiedad de los inmuebles que figuran inscritos a su nombre.

**Segunda.** La Sociedad del Gran Teatro del Liceo tiene la propiedad del Teatro inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad de Barcelona, de forma exclusiva y, por lo tanto, se excluye cualquier sistema de propiedad compartida, por no estar constituido expresamente. Por tanto, no existe ninguna estructura comunitaria, ni tampoco una propiedad horizontal, cuya constitución es excepcional y requiere unos requisitos que no concurren en la situación jurídica actual de la propiedad del Teatro del Liceo.

**Tercera.** La asociación «Sociedad del Gran Teatro del Liceo» está formada por socios, que reciben la denominación estatutaria de *accionistas*. Del examen de las disposiciones estatutarias y de la estructura de la propiedad, se debe formular la conclusión de acuerdo con la cual, los llamados accionistas son simplemente socios de la mencionada asociación, con los derechos y deberes que se les reconoce en los estatutos de la Sociedad y en los del Consorcio del Gran Teatro del Liceo.

**Cuarta.** El derecho de goce y disfrute que la Sociedad del Gran Teatro del Liceo ostenta como propietaria, se articula en base a una posesión individualizada de cada socio sobre elementos del edificio, correspondientes a lo que figura descrito en el título/acción. Esta posesión se ejerce en nombre y por cuenta de la Sociedad del Gran Teatro del Liceo y excluye la posesión de otro socio, de acuerdo con lo que dispone el art 445 C.c.; la posesión incluye también el derecho de realizar mejoras, siempre que no sean aquellas que sólo pueden ser llevadas a cabo por la Sociedad. Obliga también a contribuir a los gastos. La posesión deriva, en consecuencia, de la cualidad de socio.

**Quinta.** El acuerdo de 7 de abril de 1994 provocará, en el momento en que sea aceptado por el Consorcio del Gran Teatro del Liceo, la transmisión a esta persona jurídica de Derecho público, de la propiedad del inmueble donde se encuentra situado el Teatro. Esta transmisión tendrá dos efectos:

- 1.º La adquisición de un derecho real de servidumbre personal, cuyo titular es la Sociedad del Gran Teatro del Liceo.
- 2.º El mantenimiento de la situación anterior de los socios por lo que respecta a la suscripción de abonos, transmisión de derechos, etc. con la salvedad del retracto establecido en favor del Consorcio.

**Sexta.** En el momento en que se produzca la transmisión, la Sociedad del Gran Teatro del Liceo cambiará su patrimonio, pasando a ser titular de un derecho real de servidumbre personal en contra del Teatro.



Pero la modificación del patrimonio de la Sociedad del Gran Teatro del Liceo no produce necesariamente una alteración del objeto social: el objeto social es el fomento del arte en el edificio del Teatro y como para poder cumplirlo no se requiere ostentar ni la gestión directa del Teatro, ni su propiedad, de aquí se deduce que, al no cambiar la finalidad social, la asociación no se extingue, porque el cambio de patrimonio no implica el cambio del objeto social.

**Séptima.** El acuerdo relativo a la transmisión de la propiedad al Consorcio del Gran Teatro del Liceo debía tomarse de conformidad con la normativa estatutaria, que prevé un quorum de la mitad más uno, o sea, la mayoría absoluta, como forma para la adopción de acuerdos que no afecten a la extinción de la asociación o la modificación de los estatutos. La Sociedad del Gran Teatro del Liceo tiene en este momento 688 acciones, asistiendo, personalmente o por representante a la Junta del 7 de abril, 585 acciones. El acuerdo se tomó por 356 votos favorables, requiriéndose 294 votos a favor del acuerdo. Por tanto, como consecuencia de los anteriores razonamientos, resulta válidamente formada la voluntad de la Sociedad del Gran Teatro del Liceo sobre el acuerdo de cesión del edificio y de constitución de un derecho real de servidumbre personal.

**Octava.** La concesión al nuevo propietario de un derecho de retracto para el caso de que el socio transmitiese su derecho a terceros no contemplados en el texto de la propuesta, modifica los estatutos y requiere, por tanto, un acuerdo específico de modificación en el momento en que se haya aceptado, por parte del Consorcio, la propiedad transmitida a su favor. Esta modificación es un requisito indispensable para que pueda tener eficacia el retracto pactado, pero no afecta los otros puntos del acuerdo.

**Novena.** La convocatoria de la Junta general extraordinaria se realizó de conformidad con lo que dispone el art 19 de los estatutos de la Sociedad del Gran teatro del Liceo y se produjo dentro del plazo exigido en los mencionados estatutos. Dado que la nota aclaratoria sobre el número de unos palcos sobre los que recae la posesión de los socios, constituye una simple corrección de erratas y no una nueva convocatoria. No se modifica, pues, ni el orden del día ni el lugar de la convocatoria.

# ANEXO I

## ESTATUTOS PARA EL RÉGIMEN Y GOBIERNO DE LA SOCIEDAD DEL GRAN TEATRO DEL LICEO (1983)

### TITULO I

#### De la Sociedad, su objeto y régimen

Artículo 1.º— La Sociedad será compuesta exclusivamente de accionistas y se denominará, SOCIEDAD DEL GRAN TEATRO DEL LICEO, con cuyo título ejercerá todos sus derechos y acciones.

Artículo 2.º— La Sociedad, a todos los efectos legales, tendrá su domicilio en Barcelona, calle de San Pablo, núm. 1 bis, tercer piso (local de Secretaría), enclavado en el edificio del Gran Teatro del Liceo. Contrae sus actividades a la Ciudad de Barcelona.

Artículo 3.º— El objeto social será el fomento del arte en sus manifestaciones operísticas, lírico-dramáticas, mediante representaciones escénicas o conciertos, en el inmueble de su pertenencia, con fines única y exclusivamente artístico-culturales, sin ánimo de lucro.

La realización práctica del objeto social podrá ser desarrollada directamente por la Sociedad; por Entes Jurídicos Públicos de los que aquélla forme parte, o por medio de tercera persona física o jurídica, ajena a la misma, previo acuerdo, en cada caso, de la Junta General Extraordinaria de los señores accionistas.

Artículo 4.º— La Sociedad se regirá por las disposiciones contenidas en estos Estatutos y por los acuerdos de las Juntas Generales y de la de Gobierno, tomados de conformidad a las propias disposiciones.

### TITULO II

#### De los accionistas

Artículo 5.º— Para ser accionista se requiere poseer una o más localidades en el Teatro, representadas por el correspondiente título firmado por el Presidente y el Secretario y anotado en el Registro.

El socio accionista que se desprenda de su localidad o localidades por cualquier causa perderá la calidad de socio.

En la Sociedad se llevará un fichero y un libro Registro de los nombres, apellidos, profesión y domicilio de los socios.

Artículo 6.º— Las cesiones perpetuas que de sus acciones y con ellas de las respectivas localidades y sus entradas hagan los accionistas, deberán ser consignadas en los títulos por medio de endoso, dándose además, conocimiento al Presidente mediante una papeleta en la que conste la cesión y la aceptación del adquirente, adjudicando éste donde habita. El endoso deberá ponerse en conocimiento del Presidente y ser anotado en el Registro y será autorizado previa la liquidación de los impuestos que procedan, siempre y cuando el cedente se halle al corriente del pago y se cumplan los requisitos legales, sin cuyos requisitos no será reconocido el nuevo accionista, quien, por el mero hecho de suscribir la sobredicha papeleta, se entenderá sujeto a las responsabilidades pendientes sobre la localidad objeto del traspaso y obligado a cumplir los Estatutos y acuerdos de las Juntas Generales y de la de Gobierno.

Artículo 7.º— Los traspasos que tengan lugar por sucesión deberán ser acreditados con documento bastante a juicio de la Junta de Gobierno, cuyo documento quedará archivado, haciéndose las oportunas anotaciones en el Registro y en el título sin cuyos requisitos tampoco será reconocido el nuevo accionista.

Artículo 8.º— Por las transmisiones de localidades o palcos a que se hace referencia en los artículos 6.º y 7.º se devengará como indemnización de gastos a la Sociedad la cuota que en cada ejercicio fije la Junta General a propuesta de la Junta de Gobierno.

Artículo 9.º— La acción adquirida por cesión perpetua o por sucesión, da derecho a su disfrute por el cesionario o herederos del causante cumplidos que sean los expresados requisitos.

Artículo 10.º— La posesión de una o más acciones implica la conformidad del accionista a los presentes Estatutos y a las decisiones de las Juntas generales y de la de Gobierno tomadas con arreglo a lo prevenido en dichos Estatutos.

Artículo 11.º— Cuando una acción se halle inscrita a nombre de varias personas, deberán éstas nombrar la que les represente, y los recibos no podrán ser divididos ni fraccionados. En su defecto, la Sociedad podrá dirigirse contra cualquiera de ellas a su elección.

Artículo 12.<sup>o</sup>— Las localidades del Teatro que pertenecen a los accionistas representan el número de acciones que se expresan a continuación:

|   |            |
|---|------------|
| Un sillón con entrada . . . . .   | 1 acción   |
| Cada uno de los palcos interiores del escenario del segundo y tercer piso . . . . . | 1 acción   |
| Cada uno de los mismos del primer piso y bajos. . . . .                             | 2 acciones |
| Un palco de tercer piso . . . . .   | 3 acciones |
| Un palco de segundo piso. . . . .   | 4 acciones |
| Uno de los bajos . . . . .  | 4 acciones |
| Uno de primer piso . . . . .  | 5 acciones |
| Uno de los bajos de proscenio . . . . .   | 6 acciones |
| Uno de primer piso de proscenio . . . . .   | 7 acciones |

Artículo 13.<sup>o</sup>— El accionista responde de los pagos con carácter específico con su butaca o palco.

Artículo 14.<sup>o</sup>— Si el accionista incurriese en mora igual o superior a los pagos correspondientes a un ejercicio anulable, la Junta de Gobierno podrá proceder para hacerlo efectivo, a la venta en pública subasta de la respectiva localidad, dejando a disposición del accionista el sobrante que resultare. La subasta se anunciará en aquellos periódicos locales de los de más circulación, expresándose en el anuncio, el día, hora y sitio en que deberá tener lugar la licitación. Este anuncio deberá publicarse cuando menos con una antelación de quince días al en que haya de tener lugar la subasta. Hecha la venta, si el accionista entrega el título será en él anotado el traspaso; de otro modo se expedirá nuevo título al adquirente, dejándose anulado aquél. Los gastos que ocasione el apremio constituirán baja en el precio de la adjudicación.

Artículo 15.<sup>o</sup>— La demora en el pago de cantidades que adeude el accionista devengará en favor de la Sociedad y como indemnización de perjuicios, un recargo sobre la total cantidad adeudada de un doce por ciento de interés anual.

Artículo 16.<sup>o</sup>— Corre a cargo de los accionistas la conservación y reparación de sus respectivas localidades, debiendo empero sujetarse a la uniformidad adoptada.

El adorno de los cuartos antepalcos será libre, pero no podrán hacerse por ningún concepto trabajos de albañilería ni de otra clase, ni establecerse cañerías, así como instalaciones eléctricas de clase alguna, sin previa autorización de la Junta de Gobierno por escrito. Todos estos trabajos excepto los de adorno de los antepalcos, deberán ser ejecuta-

dos por operarios que designará la propia Junta; y su pago, al igual que el del agua y electricidad introducida en los palcos, será de cuenta de sus propietarios.

Todas las obras que se autoricen por la Junta de Gobierno deberán estar terminadas en su totalidad, con una antelación cuando menos de quince días a la fecha o anuncio de inauguración de cualquier temporada teatral.

Artículo 17.º— Todo accionista cuyo título de propiedad sufra extravío o pérdida, tendrá derecho a que se le expida un duplicado del mismo. Para hacer valer este derecho, el interesado deberá: 1.º— Solicitar de la Junta de Gobierno la publicación del extravío o pérdida y de su pretensión por medio de un anuncio oficial que se insertará en dos diarios de esta Ciudad, en dos distintas ediciones con intervalo de diez días. 2.º— Satisfacer el coste de los anuncios y todos los demás gastos a que de lugar la expedición del nuevo título.

Transcurridos que sean diez días del último anuncio publicado, se expedirá nuevo título con el carácter de duplicado, quedando sin efecto ni valor el extraviado o perdido.

### TITULO III

#### De las Juntas generales

Artículo 18.º— REUNION:

Las Juntas Generales Ordinarias se reunirán dentro de los cinco primeros meses de cada año.

Las Juntas Generales Extraordinarias se reunirán siempre que lo acuerde la Junta de Gobierno o a petición por escrito de 25 accionistas que reúnan como mínimo el mismo número de acciones con expresión en uno y otro caso del objeto que motive la convocatoria.

Artículo 19.º— CONVOCATORIA:

La Junta General será convocada mediante anuncio publicado en un periódico de mayor circulación del domicilio social con antelación mínima de 15 días. Con carácter no preceptivo la Junta de Gobierno comunicará la celebración de la Asamblea por correo a los señores accionistas.

El anuncio expresará el lugar, día y hora de la reunión y los asuntos que han de tratarse. Podrá también expresar la fecha en que se reunirá la Junta en segunda convocatoria.

Entre ambas convocatorias debe mediar un plazo de media hora por lo menos.

Artículo 20.<sup>o</sup>— CONSTITUCION:

La Junta se entenderá válidamente constituida cuando concurren accionistas presentes o representados que fuere cual fuere su número representen la mayoría de las acciones.

En la segunda convocatoria será válida la constitución de la misma cualquiera que fuere el número de socios concurrentes y representación en acciones.

Artículo 21.<sup>o</sup>— REPRESENTACION:

Cualquier accionista podrá hacerse representar por otro accionista.

La representación ha de conferirse por escrito y con carácter especial para cada Junta.

Los representantes legales tendrán por este solo carácter derecho de asistencia a la reunión en nombre de la persona física o jurídica que representen.

El marido no accionista podrá representar a su esposa accionista y a su vez la esposa no accionista podrá representar al esposo accionista.

Artículo 22.<sup>o</sup>— FUNCIONAMIENTO:

Las Juntas serán presididas por el Presidente de la Junta de Gobierno, actuando como Secretario el que lo sea de la Junta de Gobierno.

Antes de entrar en el orden del día el Presidente, asistido por el Secretario formará lista de los accionistas asistentes expresando el carácter o representación con que concurren y el número de acciones presentes o representadas. Al final de la lista se determinará el número de accionistas concurrentes.

El Presidente dirigirá los debates decidiendo cuando las cuestiones estén suficientemente discutidas.

Se entenderá que existe acuerdo cuando voten a favor del mismo, presentes o representados, la mitad más uno de los accionistas asistentes.

El voto del Presidente decidirá en caso de empate.

Cada acción da derecho a un voto.

Artículo 23.<sup>o</sup>— SUSPENSION DE SESIONES:

Si la Junta General se prolongase por un plazo superior a cuatro horas, el Presidente podrá suspenderla señalando día y hora para su con-

tinuación dentro de los tres siguientes. A la Junta que continúe la suspendida sólo podrán asistir los mismos accionistas presentes o representados que a la inicial.

**Artículo 24.º— COMPETENCIAS DE LAS JUNTAS:**

Las Juntas Generales Ordinarias serán competentes para:

- 1.— Aprobar o desaprobar las cuentas del ejercicio social.
- 2.— Votar los recursos necesarios para los asuntos de la Sociedad.
- 3.— Nombrar el Presidente y los Vocales de la Junta de Gobierno.
- 4.— Los demás asuntos que acuerde someterles la Junta de Gobierno y que consten en el orden del día de su convocatoria.

Las Juntas extraordinarias serán competentes para conocer los asuntos que acuerde someterles la Junta de Gobierno o los accionistas que pidan su convocatoria.

**Artículo 25.º— OBLIGATORIEDAD DE LOS ACUERDOS:**

Los acuerdos adoptados en las Juntas Generales obligan a todos los accionistas, incluso a los disidentes, ausentes e incapaces, dejando a salvo el derecho de impugnación.

**Artículo 26.º— IMPUGNACION:**

Los accionistas ausentes, los disidentes, y los que habiendo concurrido a la Junta se hubiesen abstenido de votar o hubiesen votado en contra, podrán impugnar los acuerdos de la Junta General por los medios que las Leyes establezcan.

## **TITULO IV**

### **De la Junta de Gobierno**

**Artículo 27.º— Composición de la Junta de Gobierno:**

La Junta de Gobierno estará compuesta por nueve personas físicas, a saber un Presidente y ocho Vocales, nombrados por la Junta General, cuyos cargos serán gratuitos, durarán cuatro años, siendo reemplazados alternativamente cinco y cuatro en la ordinaria de cada dos años, y todos ellos podrán ser reelegidos.

Artículo 28.º— CONVOCATORIA:

La Junta de Gobierno se reunirá siempre que sea convocada por el Presidente o lo soliciten 3 Vocales.

La convocatoria se hará por el medio oral o escrito que el Presidente o los convocantes estimen más adecuado siempre que llegue al conocimiento de los convocados.

Artículo 29.º— CONSTITUCION:

La Junta de Gobierno se entenderá válidamente constituida cuando concurren 5 de sus Vocales. Adoptará sus acuerdos por mayoría de votos presentes o representados. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores la Junta se entenderá válidamente convocada y constituida para tratar cualquier asunto y adoptar cualquier acuerdo, si hallándose presente la totalidad de sus miembros, acuerden por unanimidad su celebración.

Artículo 30.º— REPRESENTACION:

Cualquiera de los Vocales de la Junta podrá delegar su representación en otro Vocal.

La representación deberá conferirse por escrito y con carácter especial para cada sesión.

Artículo 31.º— COMPETENCIA:

La Junta de Gobierno tendrá competencia para:

1.— Nombrar en el seno de la misma el Vicepresidente, Contador, Tesorero, y Secretario y Vicesecretario.

2.— Hacer cumplir las disposiciones de estos Estatutos y los acuerdos de las Juntas generales.

3.— Aprobar o modificar los pliegos de condiciones para las Empresas, o el Patronato que el Presidente sujete a su aprobación.

4.— Autorizar al mismo Presidente o a quien haga sus veces, para que firme las escrituras públicas o privadas que sean necesarias y los demás documentos que acuerde dicha Junta.

5.— Nombrar y remover los empleados y dependientes de la Sociedad a propuesta del Presidente, fijar sus retribuciones y acordar lo conveniente sobre justas compensaciones de servicios prestados por aquéllos.

6.— Conceder o denegar la autorización que pidan los propietarios de palcos para ejecutar trabajos de conservación o reforma.



7.— Proponer a la Sociedad el acuerdo sobre toda clase de subsidios que juzgue necesarios o convenientes y señalar las épocas en que los accionistas deberán hacerlos efectivos.

8.— Acordar los gastos que sean necesarios dentro de los recursos ordinarios de la Sociedad.

9.— Elaborar las cuentas anuales que forme y ponerlos con los comprobantes de manifiesto en Secretaría con la anticipación oportuna a la Junta General Ordinaria.

10.— Autorizar al Presidente o a quien haga sus veces, para practicar las gestiones judiciales que convengan o deban seguirse a nombre y en interés de la Sociedad.

11.— Convocar las Juntas generales así ordinarias como extraordinarias .

12.— Tendrá la representación jurídica de la Sociedad.

13.— Podrá firmar o delegar la firma para toda clase de contratos relativos a bienes muebles e inmuebles. No obstante, para los actos relativos a la disposición, enajenación o gravamen de inmuebles se requerirá acuerdo expreso de la Junta General.

14.— La Junta de Gobierno podrá delegar la totalidad o parte de sus funciones en el Sr. Presidente o en cualquiera de sus miembros, los cuales con el carácter de Vocales delegados tendrán las facultades que se especifiquen en cada caso. La delegación permanente de facultades y la designación de personas que hayan de desempeñarlas requerirá para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes de la Junta de Gobierno.

#### Artículo 32.º— VACANTES:

Si durante el ejercicio de la Junta de Gobierno se produjesen vacantes, ésta misma podrá entre los accionistas designar personas físicas que cubran dichas vacantes pero a reserva de la ratificación en la primera Junta General Ordinaria que se celebre.

No obstante si el número de vacantes fuera igual o superior a cuatro deberá convocar Junta General para la provisión de las vacantes.

## TITULO V

### Del Presidente

Artículo 33.º— Las atribuciones del Presidente son:

1.º— Presidir las Juntas generales y las de Gobierno.

2.<sup>o</sup>— Ejercer la dirección e inspección general en el Teatro en todas las dependencias de la Sociedad, con la iniciativa consiguiente a su cargo, para cuanto interese a la propia Sociedad o con la su relación.

3.<sup>o</sup>— Convocar las Juntas de Gobierno y hacer cumplir sus acuerdos.

4.<sup>o</sup>— Representar a la Junta de Gobierno y en toda clase de actos y contratos judiciales y extrajudiciales, firmando en nombre de la Sociedad cualesquiera documentos públicos y privados.

A los efectos de las atribuciones que se le confieren bastará para la firma de cualquier documento la certificación de la Junta de Gobierno sobre el acto o negocio de que se trate y la certificación de que se halla en el ejercicio de su cargo.

5.<sup>o</sup>— Absolver posiciones en nombre de la Sociedad.

Artículo 34.<sup>o</sup>— El Presidente podrá ser sustituido por cualquier Vocal de la Junta de Gobierno en los casos de ausencia, enfermedad o incompatibilidad.

## **TITULO VI**

### **Del Secretario**

Artículo 35.<sup>o</sup>— Corresponde al Secretario:

- a) Expedir certificaciones de los acuerdos que se adopten tanto por la Junta General como por la Junta de Gobierno, con el V.<sup>o</sup> B.<sup>o</sup> del Presidente.
- b) Llevar los libros de Actas, de las sesiones que se celebren.
- c) Bastantear la documentación necesaria de los traspasos que se efectúen de las localidades legitimándolas tanto a título oneroso como por causa de herencia dando cuenta a la Junta de Gobierno.

## **TITULO VII**

### **Patrimonio social**

El patrimonio de la Sociedad se integra:

- a) Por los inmuebles de su propiedad.
- b) Por las instalaciones, útiles y mobiliario.
- c) Por el dinero procedente de las aportaciones de los accionistas.
- d) Por cualesquiera subvenciones que perciba la Sociedad.
- e) Por la renta de los bienes anteriores.

Artículo 36.<sup>o</sup>— La Sociedad llevará los siguientes libros:

1.— Uno de Inventario y Balances, en el que se reflejará el balance de situación cerrado al final de cada trimestre natural.

2.— Uno de presupuestos en el que se anotarán los gastos e ingresos del ejercicio y que deberá ser sometido a la Junta General de cada año para su aprobación.

3.— Los libros de actas de las Juntas Generales y de las de Gobierno.

## TITULO VIII

### Disolución de la Sociedad

Artículo 37.<sup>o</sup>— Podrá disolverse la Sociedad siempre que se acuerde en Junta General Extraordinaria debidamente convocada.

Para tomar dicho acuerdo de disolución será precisa una asistencia, cuando menos, de las dos terceras partes del total de acciones de la Sociedad, así como dos terceras partes del total de señores accionistas que se hallen inscritos como tales en el libro correspondiente.

Artículo 38.<sup>o</sup>— Acordada que sea la disolución de la Sociedad, se procederá inmediatamente a la liquidación de los bienes y pertenencias de la misma.

El producto líquido que se obtenga con la realización del activo social, será distribuido a los accionistas que figuren en el Registro de la Sociedad, a proporción de sus respectivas acciones.

Artículo 39.<sup>o</sup>— Las funciones relativas a la liquidación de los bienes sociales quedarán atribuidas a una Comisión Liquidadora compuesta de nueve miembros que deberán ser necesariamente accionistas, designados en la Asamblea General Extraordinaria que, convocada al efecto, acuerde la disolución de la Sociedad. En defecto de tal designación, formarán la Comisión Liquidadora, la Junta de Gobierno con su Presidente, que haya desempeñado sus funciones hasta el momento en que se acuerde la disolución.

## TITULO IX

### Disposiciones generales

Artículo 40.<sup>o</sup>— Para la reforma de los Estatutos Sociales será necesario que voten a favor del acuerdo un número de accionistas no inferior al 51 por ciento del número de acciones.

## ANEXO II

### TEXTO DEL ACUERDO DE CESIÓN DEL INMUEBLE DEL TEATRO DEL LICEO AL CONSORCIO DEL GRAN TEATRO DEL LICEO (7-4-1994)

**PRIMERO.** A fin de posibilitar la rápida e inmediata reconstrucción del Gran Teatro del Liceo, con el propósito de que se produzca antes de la celebración del 150 aniversario de su creación, y habida cuenta de que quedó parcialmente destruido por el incendio acaecido el 31 de enero de 1994, la Sociedad del Gran Teatro del Liceo cede al Consorcio los siguientes bienes:

a) El solar y el resto del edificio donde se hallaba instalado el Gran Teatro de su propiedad, así como los demás derechos inherentes a la propiedad del Teatro. Estos bienes y derechos no serán transmisibles a terceros por el Consorcio.

b) Los derechos al percibo de la prestación indemnizatoria de la Compañía de Seguros.

c) No está comprendida la cesión de la casa de la Ramblas, 59, sin perjuicio de que la Administración pueda expropiarla, indemnizando a la Sociedad del Gran Teatro del Liceo en la suma de 50.000 000.- ptas., cuya cifra deberá aportarla a la constitución de la Fundación.

**SEGUNDO.** Como consecuencia de la cesión, la Sociedad del Gran Teatro del Liceo dejará de estar presente en el Consorcio.

**TERCERO.** A su vez, el Consorcio se compromete:

a) a reconstruir el Gran Teatro del Liceo, en forma similar a la que existía, con la modificación de las exigencias legales y técnicas.

b) a mejorar las instalaciones escénicas y de servicios a fin de que en todo momento cumplan los fines artísticos con idoneidad.

c) a realizar en él las representaciones musicales, especialmente ópera, ballet y conciertos, manteniendo la frecuencia, el número y calidad de las mismas como hasta el siniestro.

d) a reconocer un derecho real de servidumbre personal de acuerdo con las siguientes características:

1.— Titular de derecho real de servidumbre: la Sociedad del Gran Teatro del Liceo, aún cuando varíe su forma jurídica societaria.

2.— Naturaleza de la servidumbre: perpetua e intransmisible.

3.— Contenido de la servidumbre: el derecho de los accionistas de la Sociedad del Gran Teatro del Liceo a utilizar los palcos y butacas, como consecuencia de la reconstrucción, de la misma forma en que se utilizaban hasta el día del incendio, satisfaciendo por ello los mismos precios que rijan de abono al público, salvo en un turno en el que dispondrán siempre de rebaja del 25 % sobre el precio de abono al público. En todo caso dispondrá la Sociedad de preferencia para el ejercicio normal y suficiente de este derecho.

A tal efecto, de anexo número 1 se acompaña al presente contrato, del que formará parte integrante, la relación de palcos y butacas afectos a dicho Derecho.

La Sociedad del Gran Teatro asignará necesariamente cada palco o butaca al propietario de la acción que la venía utilizando antes del siniestro.

Si como consecuencia de la reconstrucción del Gran Teatro tuviese que desaparecer algún palco o butaca, la Administración se compromete, con entera indemnidad de la Sociedad del Gran Teatro del Liceo, a entregarle a ésta una butaca o palco de análogos características a los que hayan desaparecido.

4.— Los derechos a la utilización del palco o butaca serán transmisibles:

a) «mortis-causa»: *libremente*. En tal caso el heredero o legatario se subrogará en la titularidad del accionista fallecido.

b) «inter-vivos»: también serán transmisibles a título gratuito y oneroso a favor del cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, sobrinos carnales y cotitulares del palco o butaca.

Queda prohibida la donación o transmisión «inter-vivos» con carácter gratuito a personas no comprendidas en los supuestos anteriores.

En relación a las restantes transmisiones onerosas el Consorcio tendrá derecho de preferente adquisición por el precio que figura en el anexo número 2 adjunto al presente contrato del que también formará parte integrante.

Dicho anexo se entenderá automáticamente actualizado cada año con el I.P.C. en Barcelona Capital.

La Sociedad del Gran Teatro del Liceo, para permitir el ejercicio de este derecho de preferencia, se compromete a comunicar al Consorcio las transmisiones que se produzcan de los derechos de los accionistas.

**CUARTO.** Como consecuencia de estos derechos reconocidos, la Sociedad del Gran Teatro del Liceo asume, en relación al Consorcio y la Fundación, las mismas obligaciones que tenía en la actualidad salvo la obligación de haber de ocupar y satisfacer obligatoriamente un turno de las funciones programadas en el Teatro.

**QUINTO.** El incumplimiento de cualquiera de estos compromisos por parte del Consorcio operará como condición resolutoria

expresa de la transmisión o cesión expresada en la cláusula primera de este documento afectante, en su caso, a terceros adquirentes.

**SEXTO.** La entidad explotadora del Gran Teatro del Liceo será una Fundación, inicialmente constituida únicamente por la Sociedad del Gran Teatro del Liceo, en la que siempre participará con una minoría cualificada que será intocable. El fin de esta Fundación, que tendrá vocación de vida indefinida para poder cumplir sus finalidades de servicio en interés público y social, será la de fomentar y hacer accesible, por encima de los intereses particulares, el arte musical y la cultura en general, a través de la explotación del Teatro. De este modo el Gran Teatro del Liceo seguirá siendo símbolo de Barcelona y de Cataluña y el referente operístico para todo el Estado, fieles al espíritu de los fundadores y a los casi 150 años de su existencia. En consecuencia, el Consorcio establecerá que la explotación exclusiva y permanente del Teatro corresponderá a la Fundación de modo que no pueda ser utilizado para fines diferentes de los señalados.

**SEPTIMO.** El órgano rector de la Fundación será un Patronato en el cual estarán representadas las administraciones públicas y la Sociedad del Gran Teatro del Liceo. Podrá dejarse abierta la composición del Patronato para darle entrada a alguna o algunas entidades o personas que asuman un protagonismo especial en el logro de los fines fundacionales, siempre que no se altere la minoría cualificada correspondiente a la Sociedad del Gran Teatro del Liceo (que como mínimo será del 20%).

**OCTAVO.** Como consecuencia de los pactos precedentes, quedan sin efecto los expedientes de expropiación actualmente vigentes, respecto al edificio del Teatro, de los cuales desistirá la Sociedad con acuerdo de la administración expropiante y satisfaciendo cada una de las partes sus costas procesales.

**NOVENO.** Por razón de este documento y de su contenido la Sociedad del Gran Teatro del Liceo no ejercerá ninguna acción contra las Administraciones como consecuencia del incendio.

**DECIMO.** En ningún caso y bajo ningún concepto deberá aportar la Sociedad del Gran Teatro del Liceo cantidad alguna tanto al Consorcio como a la Fundación para cubrir los déficits de explotación pasada, presente o futura del Teatro.

**UNDECIMO.** Los gastos notariales, fiscales y registrales, incluso el Arbitrio Municipal de Plusvalía, si se exigiera, irán a cargo de la Administración, con entera indemnidad de la Sociedad del Gran Teatro del Liceo.

**DUODECIMO.** Las administraciones públicas, para honrar las personas que han hecho posible la brillante historia del Gran Teatro del Liceo, materializarán este reconocimiento en un lugar de honor de las dependencias del Teatro, mediante placa honorífica y nominativa cuyo emplazamiento y dimensiones será decidido por la Junta de Gobierno.



# INFORMACIÓN COMUNITARIA

## CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

SANTIAGO ALVAREZ GONZÁLEZ  
Catedrático de Derecho internacional privado

### I. LEGISLACIÓN

#### A) *Normativa vigente*

#### CONSUMO

**1. Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994 relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE, L, núm. 280, de 29 de octubre de 1994).**

La Directiva 94/47/CE supone la culminación de un azaroso proceso de cuyos pasos más importantes se ha dado oportuna noticia en Crónicas anteriores. La Directiva, según declara expresamente su art. 1, se centra exclusivamente en la transacción *contractual* destinada a la adquisición del inmueble en régimen de multipropiedad, por ser este el aspecto cuya armonización se considera imprescindible para alcanzar los objetivos del mercado interior. Por el contrario, y también de manera expresa, se declara que los Estados miembros conservan íntegra su competencia para legislar en los demás aspectos del *time-sharing*, entre otros y fundamentalmente, el de determinar la naturaleza jurídica de estos derechos, bastante heterogénea en unos y otros Estados, lo que supone una manifiesta incidencia del principio de subsidiariedad, que ha motivado, además, el progresivo abandono de una regulación más ambiciosa, como los primeros trabajos y propuestas aseveraban.

El sistema de protección que la Directiva otorga a quien adquiere un inmueble en régimen de multipropiedad se apoya en tres pilares fuertemente li-



gados entre sí: la obligación de información precontractual, el carácter formal del contrato de adquisición y el derecho de retractación o arrepentimiento del adquirente.

El art. 3 contiene el régimen de la información que necesariamente ha de proporcionar el vendedor a cualquier persona que la solicite, con independencia de que dicha persona llegue o no a concluir un contrato de *time-sharing*. Dicha información ha de contener, como mínimo, de forma concisa y precisa los datos indicados en las letras a) a g), i) y l) del Anexo incorporado a la Directiva, referidos básicamente a la identificación del vendedor, la naturaleza del derecho objeto del contrato, la descripción del bien inmueble y de los servicios e instalaciones comunes que incorpora, el régimen de mantenimiento, administración y gestión del inmueble, el precio que deberá pagar el adquirente y el derecho de retractarse del contrato regulado en el art. 5. Todas estas menciones de carácter obligatorio y función informativa habrán de incluirse en un documento precontractual que, de concluirse efectivamente el contrato, formará parte integrante de éste (art. 3.2 de la Directiva). Esto significa que dichas menciones promocionales o publicitarias vinculan al vendedor y atribuyen al adquirente el derecho a exigirlos, aun cuando no se contengan en el estricto documento contractual o éste discrepe de aquéllas (al modo que sucede, en nuestro Derecho interno, con la oferta, promoción y publicidad aludida en el art. 8 de la LCU); no obstante, es lícito introducir variaciones en la información precontractual previamente documentada siempre que resulten de circunstancias ajenas a la voluntad del vendedor o que las partes lo acepten, y que en el contrato se haga constar explícitamente dichos cambios.

El formalismo *ad luciditatem* destinado a asegurar la libertad de decisión de la parte considerada contractualmente más débil resulta ser una característica común en las normas de protección del consumidor que también ha encontrado reflejo en la presente Directiva. El art. 4 ordena a los Estados que en su legislación impongan que el contrato se haga constar obligatoriamente por escrito y que, como contenido mínimo, incluya todos los datos aludidos en el Anexo (técnica de las menciones obligatorias). Asimismo, este precepto incluye disposiciones específicas sobre la lengua o lenguas en que habrá de estar redactado el contrato, posibilitando al adquirente un cierto grado de elección y al Estado de residencia del mismo, la posibilidad de imponer la utilización de su lengua o de una de sus lenguas *de entre las oficiales de la comunidad*; en todo caso, vendedor deberá facilitar una traducción conforme del contrato en la lengua o en una de las lenguas oficiales de entre las lenguas oficiales de la Comunidad del Estado miembro en que esté situado el inmueble. Lo que no hace la norma comunitaria es disponer un régimen sancionatorio concreto para el caso de incumplimiento de la forma legalmente exigida, lo que parece situarnos en la previsión del art. 10 de la propia Directiva, a cuyo tenor «Los Estados miembros establecerán en sus legislaciones las consecuencias del incumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva»; en relación con el tema de la forma esto es tanto como decir que la sanción a su incumplimiento será la que establezca el Derecho interno de cada Estado miembro. En el caso español y tal como sucede en otras disposiciones de estructura y función similar a la que habrá de desarrollar el citado art. 4 de la Directiva (*ad. ex.*, art. 3 de la ley 26/1991, de 21 de noviembre sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles), parece que la sanción más adecuada tanto para la falta de forma escrita, como para la ausencia o defecto de las menciones obligatorias, es la anulabilidad del contrato a instancia

del adquirente. En cualquier caso, las sanciones previstas en la Directiva no habrán de impedir la posible aplicación de los regímenes generales de invalidez previstos en cada legislación (v. gr. anulación del contrato por error o por dolo).

Por último, la tercera pieza concatenada, destinada a la protección del adquirente del inmueble en régimen de multipropiedad es el plazo de reflexión, retractación o —como definitivamente ha preferido la Directiva— *resolución*, que el adquirente tiene después del intercambio de los consentimientos contractuales y que le permite retractarse del suyo propio. No se trata, ni mucho menos, de una novedad en las Directivas comunitarias de consumo (*ad ex.*, se incluye también en la 85/577 sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, o en la Propuesta de Directiva en materia de contratos negociados a distancia), si bien la concreta configuración jurídica de esta posibilidad de «arrepentimiento» en un determinado plazo de tiempo no resulta pacífica en la doctrina. Al respecto se barajan diversas construcciones que van desde la consideración del contrato como sometido a condición o a término, a la estimación de que se trata de un contrato de formación sucesiva que sólo se perfecciona tras el agotamiento del plazo de retractación, pasando por las tesis que aproximan el supuesto de hecho al de la venta a prueba o *ad gustum*, o las que aprecian que en este tipo de contratos se produce una disociación entre el momento de perfección del contrato y aquel otro en que comienza a producir efectos. Sea cual fuere su configuración técnica (aspecto que posee singular relevancia desde la perspectiva del momento de perfección del contrato), el derecho de arrepentimiento previsto en esta Directiva habrá de ejercitarse en los plazos determinados: diez días con carácter general, a partir de la firma del contrato por ambas partes o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante, siempre que se hayan respetado las normas relativas a la información al adquirente; en el supuesto de que falten algunos de los extremos mencionados en el anexo, el plazo de diez días contará a partir del día en que la información se haya completado (si ello acontece dentro de los tres meses siguientes a la firma) o, de no completarse la información prevista en el anexo, a partir del día en que se cumplan tres meses desde la firma. En todos los casos, el adquirente habrá de adaptarse a la forma que la Directiva misma prevé en el párrafo segundo del art. 5, siendo divergentes las consecuencias económicas en el caso de «resolución» tras los diez días siguientes a la firma común (el adquirente puede estar obligado al pago de los gastos originados por la celebración y resolución del contrato si así lo determina el Derecho nacional) o dentro de los diez días siguientes a la integración de la información o a contar una vez transcurridos los tres meses sin que conste la información del Anexo (no se podrá exigir pago alguno al adquirente). Por supuesto, en este último caso, el no ejercicio del derecho de *resolución* no implica la perfección del contrato, que estará afecto de un vicio formal cuyas consecuencias habrán de ser reguladas por los sistemas nacionales en los términos anteriormente señalados.

La disposición del art. 6 limita, quizá injustificadamente, la interdicción de pagos anticipados al plazo de ejercicio del derecho de resolución en los supuestos que podríamos llamar ordinarios: en los que la información ha sido aportada convenientemente y el plazo comienza a contarse desde la firma por ambas partes del contrato o contrato preliminar vinculante. El hecho de que la prohibición se limite literalmente a este plazo ordinario no debe ser obstáculo para que la legislación de desarrollo lo amplíe también a los plazos de ejerci-

cio de la resolución cuando éstos posean un *dies a quo* distinto (momento de integrar la información que faltaba o tres meses sin que la información se haya incorporado). Lógicas razones abogan por tal proceder: el adquirente se encuentra menos protegido en estos supuestos, precisamente por la falta de información; no existe un juicio de razonabilidad suficiente para tratar de forma desigual ambas situaciones.

El mandato del art. 8 («los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que toda cláusula mediante la cual el adquirente renuncie a los beneficios de los derechos mencionados en la presente Directiva o mediante la cual el vendedor quede liberado de las obligaciones derivadas de la presente Directiva, no vincule al adquirente, en las condiciones fijadas por sus ordenamientos jurídicos nacionales») puede quedar en mera declaración de intenciones si la legislación aplicable al contrato no coincide con la de un Estado miembro. A tales efectos, el art. 9 obliga a dichos Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que el adquirente no quede privado de la protección que otorga la directiva, sea cual fuere la normativa aplicable; mas tal imposición se limita a los supuestos en que el inmueble se encuentre situado en el territorio de un Estado miembro. El precepto merece un doble comentario. Por un lado, no parece afortunada la exclusión de la protección para aquellos contratos que se refieran a inmuebles situados fuera del territorio de un Estado parte, habida cuenta de que esta es una condición que no sustrae necesariamente el contrato al mercado comunitario: empresa y adquirente pueden poseer su residencia en un mismo Estado miembro, haber «negociado» y haber celebrado el contrato en ese mismo Estado. El hecho de que el bien inmueble objeto inmediato del contrato (que puede involucrar de forma indirecta la utilización de varios inmuebles situados en varios Estados, parte o no de la CE) se halle en el territorio de un Estado no miembro no justifica, a nuestro juicio, la exclusión. El art. 11, al consagrar el carácter mínimo de la protección ofrecida por la Directiva, puede relativizar este inconveniente (que también podría paliar el art. 5 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales).

De otro lado, el mandato del art. 9 se inscribe en un proceso de abierto contraste entre este tipo de normas, ya común en otras Directivas (*ad ex.*, art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores o lo dispuesto en la Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia, ambas reseñadas en *Crónicas* anteriores), y las respuestas que con carácter general aportan los Convenios internacionales, señaladamente el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980 (*Vid.* la última Comunicación del Consejo reseñada en el núm. 45 de la anterior *Crónica*). El problema que se suscita en relación con la presente Directiva es de índole similar a lo ya señalado en relación con la Propuesta de Directiva sobre contratos negociados a distancia, por lo que lo dicho en la *Crónica* aparecida en A.D.C., 1994, pp. 240-241, vale *mutatis mutandis* para el tema que ahora nos ocupa.

Aspectos, novedosos en relación con los ejemplos citados son, además de la limitación de la protección a los contratos sobre inmuebles «comunitarios», a que ya nos hemos referido, el mandato de protección no limitado a la elección de ley por las partes. Dicho de otro modo, la Directiva exige la protección ante una ley aplicable menos protectora, ya ésta haya sido «elegida» por vendedor y adquirente, ya, en defecto de elección de ley, ésta venga determinada por las conexiones objetivas del art. 4 del citado Convenio de Roma.

En este contexto, y a la luz de un cierto movimiento que, en relación con el paralelo precepto de la Directiva sobre cláusulas abusivas, aboga por la no necesidad de desarrollar el precepto, asumiendo como suficiente la protección otorgada por el Convenio de Roma (República Federal de Alemania, Países Bajos, Italia... referencias en *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (IPRax), 1994, p. 407), podría pensarse en una aplicación directa de la protección otorgada por el art. 5 del Convenio de Roma (contratos celebrados con consumidores). En su contra, se ha puesto de manifiesto que la comprensión que tal precepto realiza del contrato de consumo se limita a «...contratos que tengan por objeto el suministro de *bienes muebles* corporales o de servicios...», lo que excluiría los contratos relativos a inmuebles (W. H. Roth, IPRax, 1994, p. 170); a favor que el concepto de servicios previsto por el art. 5 del Convenio de Roma ha de ser interpretado en sentido amplio, entendiéndose que sólo los contratos limitados a la pura transmisión de inmuebles quedarían fuera del precepto convencional, mientras que aquéllos, como los contemplados por la Directiva, en los que este aspecto concurriera con una constelación de suministro de servicios en su alrededor, habrían de considerarse integrados dentro del régimen protector del Convenio (E. Jayme/Ch. Kohler, IPRax, 1994, pp. 407-408).

## MEDIO AMBIENTE

**2. Reglamento (CE) n.º 3093/94 del Consejo de 15 de diciembre 1994 relativo a las sustancias que agotan la *capa de ozono*. (DOCE, L, núm. 333, de 22 de diciembre de 1994).**

El presente reglamento se inscribe en la política medioambiental comunitaria regulando la producción, importación, exportación, reciclado, utilización y control de las emisiones de productos que agotan la capa de ozono, adelantando las fechas en las que tales productos pasan a estar absolutamente controlados, impidiéndose su posterior fabricación por parte de los Estados miembros: 31 de diciembre de 1994 y 31 de diciembre de 1995, según diversas circunstancias.

**3. Reglamento (CE) n.º 1626/94 del Consejo de 27 de junio de 1994 por el que se establecen determinadas medidas técnicas de *conservación de los recursos pesqueros* en el Mediterráneo. (DOCE, L, núm. 171, de 6 de julio de 1994).**

## MERCANCÍAS

**4. Reglamento (CE) n.º 3295/94 del Consejo de 22 de diciembre de 1994 por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas. (DOCE, L, núm. 341, de 30 de diciembre de 1994).**

Vid. los núms. 28 a 30 de la Crónica anterior y la referencia allí efectuada. La experiencia acumulada en aplicación del Reglamento (CEE) núm.

3842/86, del Consejo, de 1 de diciembre de 1986, por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica de las mercancías con usurpación de marca, así como los términos del acuerdo negociado en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual que afectan al comercio, motivan la derogación del primero y la nueva regulación tendente a impedir el comercio de mercancías piratas o con usurpación de marca. A tales efectos, y sin afectar a las disposiciones de los Estados miembros relativas a la competencia y a los procedimientos jurídicos, se establece un régimen de control que pone en manos de las autoridades aduaneras la posibilidad de *suspender* la concesión del levante para el despacho a libre práctica, la exportación y re-exportación de las mercancías de las que se sospeche que pudieran ser mercancías con usurpación de marca, o de *retener* las mercancías incluso antes de que el titular del derecho presuntamente vulnerado haya solicitado la intervención.

## TRANSPORTE

**5. Directiva 94/56/CE del Consejo de 21 de noviembre de 1994 por la que se establecen los principios fundamentales que rigen la investigación de los accidentes e incidentes de aviación civil. (DOCE, L, núm. 319, de 12 de diciembre de 1994).**

**6. Reglamento (CE) núm. 3315/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, que modifica el Reglamento (CEE) núm. 3118/93 por el que se aprueban las condiciones de admisión de transportistas no residentes en los transportes nacionales de mercancías por carretera en un Estado miembro (DOCE, L, núm. 350, de 31 de diciembre de 1994).**

## POLÍTICA SOCIAL

**7. Directiva 94/33/CE del Consejo de 22 de junio de 1994 relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo. (DOCE, L, núm. 216, de 20 de agosto de 1994).**

La Directiva regula las condiciones de trabajo de los jóvenes, prohibiendo, con carácter general, el trabajo de los sujetos a escolaridad obligatoria a tiempo completo y, en todo caso, de los menores de 15 años. Esta prohibición puede limitarse permitiendo el trabajo de los niños (menores de 15 años) que ejerzan actividades culturales o similares (artístico, deportivo, publicitario...), siempre, en cada caso, con sometimiento a un procedimiento de autorización previa y una vez comprobado que el trabajo no puede perjudicar la salud de los niños, ni afectar a su asistencia escolar; la legislación estatal específica sobre agencias de modelos queda reservada. En este contexto se regula, además, las obligaciones de los empresarios que contraten a jóvenes, las condiciones y prohibiciones *específicas*, el tiempo máximo de trabajo en función de cada

circunstancia (trabajo con formación alterna, sujeción a escolaridad obligatoria a tiempo parcial...), el trabajo nocturno, los períodos necesarios de descanso, pausas, vacaciones, nivel de protección de los jóvenes...

**8. Reglamento (CE) n.º 2062/94 del Consejo de 18 de julio de 1994 por el que se crea la Agencia europea para la *seguridad y la salud en el trabajo*. (DOCE, L, núm. 216, de 20 de agosto de 1994).**

**9. Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los *trabajadores migrantes*. Decisión n.º 151 de 22 de abril de 1993 relativa a la aplicación del artículo 10 bis del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 y del artículo 2 del Reglamento (CEE) n.º 1247/92. (DOCE, L, núm. 244, de 19 de septiembre de 1994).**

**10. Directiva 94/45/CE del Consejo de 22 de septiembre de 1994 sobre la constitución de un *comité de empresa europeo* o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. (DOCE, L, núm. 254, de 30 de septiembre de 1994).**

El funcionamiento del mercado interior fomenta un proceso de concentraciones de empresas, fusiones transfronterizas, absorciones, asociaciones, en definitiva, una transnacionalización de las empresas y grupos de empresas que afecta directamente a la participación de los trabajadores en la empresa y a los procedimientos de información y consulta de los mismos. La toma de decisiones en relación con trabajadores que presten sus servicios en varios Estados miembros puede dar lugar a tratamientos desiguales en función de que los actuales procedimientos estatales de información y participación de los mismos no se adaptan a la situación transnacional. En este contexto, y sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, la Directiva regula las bases para la creación de un comité de empresa europeo o, si así las partes lo deciden, otro procedimiento de información y consulta que se adapte a las circunstancias especiales. Tal opción se proyecta tanto sobre la actividad de empresas y grupos de empresas radicados en la Comunidad, cuanto sobre la de empresas o grupos cuya dirección central o empresa de control (definida por la directiva, exclusivamente a los efectos de la misma) se halle fuera de un Estado miembro. Empresa de dimensión comunitaria es toda empresa que ocupe 1000 o más trabajadores en los Estados miembros y, por lo menos en dos Estados miembros diferentes, empleen a 150 o más trabajadores en cada uno de ellos; un grupo de empresas de dimensión comunitaria es que que cumpla las condiciones siguientes: que emplee 1000 o más trabajadores en los Estados miembros; que comprenda al menos dos empresas miembros del grupo en dos Estados miembros diferentes y que al menos una empresa del grupo ocupe 150 o más trabajadores en un Estado miembro y que al menos otra de las empresas del grupo emplee 150 o mas trabajadores en otro Estado miembro. La Directiva define también la noción de empresa que ejerce el control, el contenido del acuerdo sobre el método de llevar a cabo la información y las medidas de protección y garantía de los representantes de los trabajadores, entre otras cuestiones.

## INSTITUCIONAL

**11. Modificaciones de Reglamento de procedimiento del *Tribunal de Primera Instancia* de las Comunidades Europeas, como consecuencia de la ampliación de sus competencias. (DOCE, L, núm. 249, de 24 de septiembre de 1994).**

## ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

**12. Decisión del Organo de Vigilancia de la AELC n.º 21/94/COL de 6 de abril de 1994 relativa a la adopción de tres *comunicaciones sobre competencia*. (DOCE, L, núm. 168, de 21 de julio de 1994).**

Las tres comunicaciones que se adjuntan a la decisión como anexos se dirigen a definir los principios y normas por los que se guiará el órgano de Vigilancia AELC al aplicar los arts. 53 a 60 del Acuerdo EEE a casos concretos, con el objeto de garantizar una aplicación uniforme de las normas de competencia del EEE. Dichas comunicaciones son: Comunicación sobre la valoración de las empresas en participación de carácter cooperativo con arreglo al art. 53 del Acuerdo EEE; Comunicación por la que se modifica la Comunicación referente a los actos mencionados en los puntos 2 y 3 del Anexo XIV del Acuerdo EEE, relativos a la aplicación del apartado 3 del art. 53 del Acuerdo EEE a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva y compra exclusiva; y Comunicación por la que se clarifica la actividad de los intermediarios de automóviles.

**13. Decisión del Organo de Vigilancia de la AELC n.º 4/94/COL de 19 de enero de 1994 sobre la adopción y promulgación de normas sustantivas y de procedimiento en materia de *ayudas estatales*. (Directrices para la aplicación e interpretación de los artículos 61 y 62 del Acuerdo EEE y del artículo 1 del Protocolo 3 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción) (DOCE, L, núm. 231, de 3 de septiembre de 1994).**

**14. Recomendaciones del Comité Parlamentario Mixto del EEE aprobadas en la segunda reunión de Helsinki de los días 26 y 27 de abril de 1994. (DOCE, L, núm. 247, de 22 de septiembre de 1994).**

Cubren los aspectos relativos a la libre circulación de mercancías, libre circulación de personas, libre circulación de capitales, política de competencia (especialmente, ayudas de Estado, contratación pública, información a los agentes económicos, industrias sensibles como telecomunicaciones, transporte aéreo, construcción naval, tipos de interés en el sector privado...) y políticas horizontales y medidas complementarias.

**15. Espacio Económico Europeo. Tribunal de justicia de la AELC. Reglamento de procedimiento del *Tribunal de Justicia de la AELC*, adoptado el 4 de enero y el 1 de febrero de 1994. (DOCE, L, núm. 278, de 27 de octubre de 1994).**

**16. Reglamento (CE) n.º 2894/94 del Consejo de 28 de noviembre de 1994 relativo a determinadas normas de desarrollo del Acuerdo sobre el *Espacio Económico Europeo*. (DOCE, L, núm. 305, de 30 de noviembre de 1994).**

El reglamento 2894/94 establece diversas prescripciones procedimentales en orden a la adopción de acuerdos que afecten al EEE; tales normas se refieren tanto a la posición que adoptan las instituciones comunitarias (y el Comité Mixto del EEE) en la adopción de dichos acuerdos, cuanto de las formalidades del acto y la declaración de extensión de dicho acto al EEE.

**17. Espacio Económico Europeo. Acuerdo entre los Estados de la AELC por el que se instituyen un órgano de vigilancia y un Tribunal de Justicia (DOCE, L, núm. 344, de 31 de diciembre de 1994).**

El Acuerdo, hecho en Oporto el 2 de mayo de 1992, determina la estructura, composición, funcionamiento y atribuciones de ambos órganos. Se acompaña de los siguientes protocolos: Protocolo 1 sobre las funciones y competencias del órgano de Vigilancia de la AELC que, en virtud de la aplicación del Protocolo 1 del Acuerdo EEE, se desprenden de los actos a los que se hace referencia en los Anexos de dicho Acuerdo; Protocolo 2 relativo a las funciones y poderes del órgano de Vigilancia de la AELC en el ámbito de la contratación pública; Protocolo 3 relativo a las funciones y poderes del órgano de Vigilancia de la AELC en el ámbito de las ayudas de Estado; Protocolo 4 relativo a las funciones y poderes del órgano de Vigilancia de la AELC en el ámbito de la competencia; Protocolo 5 sobre el estatuto del Tribunal de la AELC; Protocolo 6 sobre la capacidad jurídica, los privilegios y las inmunidades del órgano de Vigilancia de la AELC; Protocolo 7 sobre la capacidad jurídica, los privilegios y las inmunidades del Tribunal de la AELC; Acta aprobada de las negociaciones del Acuerdo entre los Estados de la AELC por el que se instituyen un órgano de vigilancia y un Tribunal de Justicia; Protocolo de adaptación del acuerdo entre los Estados de la AELC por el que se instituyen un órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia.

#### FONDO EUROPEO DE INVERSIONES

**18. Estatutos del Fondo Europeo de Inversiones. (DOCE, L, núm. 173, de 7 de julio de 1994).**

**19. Decisión del Consejo de 6 de junio de 1994, sobre la participación en calidad de miembro de la Comunidad en el Fondo Europeo de Inversiones. (DOCE, L, núm. 173, de 7 de julio de 1994).**



**20. Acta por la que se modifica el Protocolo sobre los Estatutos del *Banco Europeo de Inversiones* y se faculta al Consejo de Gobernadores para crear un Fondo Europeo de Inversiones. (DOCE, L, núm. 173, de 7 de julio de 1994).**

**21. Información relativa a la fecha de entrada en vigor del acta por la que se modifica el Protocolo sobre los Estatutos del *Banco Europeo de Inversiones*, firmada en Bruselas el 25 de marzo de 1993. (DOCE, L, núm. 173, de 7 de julio de 1994).**

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

**22. Recomendación del Consejo de 11 de julio de 1994 sobre las *orientaciones generales para las políticas económicas* de los Estados miembros y de la Comunidad. (DOCE, L, núm. 200, de 3 de agosto de 1994).**

La recomendación comunitaria trata de servir de referencia a la hora de dirigir las políticas económicas en la Comunidad y en los Estados miembros. Reafirman el objetivo señalado en las orientaciones de 1993 de incrementar sustancialmente el empleo durante los próximos años para reducir el alto nivel de desempleo actual y confirman la estrategia de crecimiento a medio plazo. Los temas cardinales de la recomendación son: la estabilidad de precios y de tipos de cambio, la solidez de las haciendas públicas, el dinamismo de la economía en el sentido de lo dispuesto en el Libro Blanco de la Comisión sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo, y la adopción de medidas estructurales para crear empleo (mejora de educación y formación, flexibilización de los mercados laborales, fomento de PME, fomento de las medidas liberalizadoras en sectores económicos protegidos, reflejo en los precios de los costes medioambientales, políticas salariales restrictivas).

**23. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones fundamentales en materia de seguro de *crédito a la exportación* en operaciones garantizadas a medio y largo plazo. (DOCE, L, núm. 272, de 30 de septiembre de 1994).**

La realidad del seguro de crédito a la exportación a medio y largo plazo, que desempeña un papel fundamental en los intercambios internacionales, muestra diferencias en lo referente a los elementos constitutivos de las garantías, a las primas y a las políticas de cobertura. Por ello, los sistemas públicos de seguro de crédito a la exportación tal como existen y funcionan actualmente en el seno de la Comunidad pueden dar lugar a distorsiones de la competencia entre las empresas de la Comunidad. La presente propuesta de Directiva tiende a la consecución de una cierta armonización, fijando en sus cuatro anexos los principios comunes respecto a los elementos constitutivos de la cobertura (Anexo A), los principios comunes para el establecimiento de los sistemas de primas (Anexo B) los principios comunes para la política de

cobertura por países (Anexo C) y los procedimientos de consulta, información y excepción.

24. Directiva 94/46/CE de la Comisión de 13 de octubre de 1994 por la que se modifican las Directivas 88/301/CEE y 90/388/CEE especialmente en relación con las *comunicaciones por satélite*. (DOCE, L, núm. 268, de 19 de octubre de 1994).

25. Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 1994 sobre una acción común adoptada por el Consejo en virtud de la letra b) del punto 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a las facilidades de *desplazamiento para los escolares* de terceros países que residan en un Estado miembro. (DOCE, L, núm. 327, de 19 de diciembre de 1994).

26. Decisión del Consejo, de 17 de junio de 1994, por la que se autoriza a la Comunidad Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica a firmar y celebrar el Convenio por el que se establece el Estatuto de las *escuelas europeas*. (DOCE, L, núm. 212, de 17 de agosto de 1994).

27. Convenio por el que se establece el Estatuto de las *escuelas europeas*. (DOCE, L, núm. 212, de 17 de agosto de 1994).

28. Decisión de la Comisión de 17 de junio de 1994, sobre la celebración del Convenio por el que se establece el Estatuto de las *escuelas europeas*. (DOCE, L, núm. 212, de 17 de agosto de 1994).

29. Recomendación de la Comisión de 19 de octubre de 1994 relativa a los aspectos jurídicos del *intercambio electrónico de datos*. (DOCE, L, núm. 338, de 28 de diciembre de 1994).

La Comisión recomienda a los operadores económicos la utilización de un *Modelo Europeo de Acuerdo de EDI* (Intercambio Electrónico de Datos) que permite abordar de una forma flexible y concreta las cuestiones jurídicas planteadas por el uso del intercambio de datos y que, además, ahorra el trabajo y el coste de redacción de «Acuerdos particulares» redactados por cada empresa. Este Modelo Europeo de Acuerdo EDI pretende, al tiempo que contribuir cada vez en mayor medida a la competitividad de las empresas europeas pertenecientes a los sectores de fabricación y servicios, garantizar una protección adecuada de los datos confidenciales y personales, en particular, a la luz de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos.

30. Reglamento (CE) núm. 3320/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativo a la codificación de la legislación comunitaria existente sobre la definición del ecu tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (DOCE, L, núm. 350, de 31 de diciembre de 1994).

B) *Propuestas, proyectos, actividades*

CONSUMO

31. Comité de las Regiones. Dictamen sobre el Libro Verde: *Acceso de los consumidores a la justicia* y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único (DOCE, C, núm. 217, de 6 de agosto de 1994)

32. Comité Económico y Social. Actos jurídicos preparatorios. Dictamen sobre el Libro Verde - *Acceso de los consumidores a la justicia* y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único. (DOCE, C, núm. 295, de 22 de octubre de 1994).

El presente Dictamen contiene muy interesantes consideraciones sobre el presente y, sobre todo, el futuro de la política comunitaria de protección al consumidor en lo que atañe tanto al *acceso a la justicia*, cuanto, como resalta el Comité Económico y Social (CES) el *acceso al derecho*, ámbito donde se encajan las cuestiones de la información jurídica, la consulta jurídica y el apoyo judicial, la asistencia judicial, etc. El Dictamen pone el acento en la insatisfactoria situación de la protección del consumidor, que parte de la propia noción de *conflicto de consumo*, en absoluto unívoca en cada uno de los Estados miembros. En este sentido, el CES parte en sus consideraciones de una noción de consumidor definido como «la persona física que es parte de una relación especial de utilización final, para sí misma o para su entorno familiar en sentido amplio, de bienes o de servicios, incluidos los servicios públicos, normalmente de carácter esencial prestados por un profesional o por una entidad pública, en el contexto de su actividad específica como profesional o como prestador de servicio público». Como vemos, la definición es descriptivo objetiva en función de la actividad y de la posición del cocontratante o prestador de servicios.

Una de la preocupaciones que laten con más evidencia en todo el Dictamen es la gran dificultad en la protección del consumidor en los supuestos transfronterizos. Esta complejidad arranca ya de la existencia de diversos ordenamientos jurídicos no armonizados y potencialmente contradictorios en la regulación de cada cuestión problemática y de un Derecho internacional privado que o bien no resuelve todas las cuestiones, o bien lo hace a un alto costo. En este marco, el Dictamen deplora que la realización de un mercado único no se haya visto acompañada de la creación, simultáneamente, de un espacio judicial único, labor en la que los Convenios de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, de Lugano, de 16 de septiembre de 1988 (ambos en lo que se refiere a competencia judicial internacional) y de Roma, de 19 de junio de 1980, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, no han sido

capaces de crear un sistema suficiente para ofrecer una respuesta completa a muchas de las cuestiones planteadas por la protección del consumidor.

La propuesta, realmente ambiciosa, del Dictamen pasa por desarrollar al máximo la potencialidad que proporciona a las instituciones comunitarias el nuevo art. 129 A modificado del Tratado de Roma, incidiendo en simplificar al máximo los procedimientos judiciales, instaurar procesos especiales para conflictos de consumo, crear Tribunales especializados, simplificar al máximo las condiciones de ejecución de las sentencias extranjeras (el CES ni siquiera considera suficiente la regulación de los arts. 27 y concordantes del citado Convenio de Bruselas en lo que se refiere a las condiciones del reconocimiento), fomentar los medios no judiciales de solución de controversias (no autoritarios —administrativos o de naturaleza similar— y arbitrales).

Aun reconociendo la relevancia del principio de subsidiariedad, el CES destaca que la Comunidad Europea tiene competencia propia no subsidiaria en materia procesal, pudiendo tomar la iniciativa de estatuir un foro de jurisdicción competente, así como de intervenir en la regulación de vías de recurso o de procesos de resolución de litigios. Incide también en la necesidad de potenciar todas las posibilidades brindadas por el art. K del TU para avanzar, incluso por la vía convencional y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 220 del Tratado de Roma, en la armonización de tales vías procesales, incluyendo la necesaria uniformidad en las acciones inhibitorias y en la legitimación de entes y asociaciones para la defensa de los intereses difusos. Todo ello en aras a desterrar la situación que se produce, fundamentalmente en el ámbito de las relaciones transfronterizas de consumo, donde se transforma la decisión final de un litigio aparentemente simple y de pequeña cuantía en «verdaderos rompecabezas sólo gratos a los juristas altamente experimentados».

### **33. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa. (DOCE, C, núm. 295, de 22 de octubre de 1994).**

La encuesta llevada a cabo por la Comisión en relación con la confianza en la realización de compras por parte del consumidor fuera del Estado miembro en el que reside pone de manifiesto que el 59% de los potenciales compradores muestran un cierto recelo en efectuar compras en otro Estado miembro. La armonización de las legislaciones en materia de garantías y servicios postventa en el marco del gran mercado de la Unión Europea constituye una iniciativa tendente a paliar esta situación y, por ello, a fomentar las compras transfronterizas. El CES analiza el Libro Verde de la Comisión fijando su atención en tres aspectos: la garantía legal, las garantías comerciales y los servicios de postventa.

En relación a la primera, el CES descarta la idea de una unificación a través de normas de Derecho internacional privado, abogando por una *armonización progresiva*. Frente a la concepción de *defecto* que retiene la Comisión («defecto de conformidad con las legítimas expectativas del consumidor»), que en opinión del Dictamen puede quebrantar la seguridad jurídica, plantea recurrir a los certificados de calidad procedentes de organismos nacionales o internacionales, como ISO, Afnor, etc. A propósito del derecho de elección que el consumidor pudiera tener en relación con el nivel de responsabilidad del defecto (anulación, reembolso parcial, sustitución, reparación), pone el

CES de manifiesto que la práctica muestra que en la mayoría de los supuestos el consumidor acudirá directamente al vendedor y que se hace absolutamente imprescindible una potenciación de la información al consumidor.

Al analizar las garantías comerciales, el CES parte de una evidencia: la armonización total de las mismas las convertirían en garantías legales. La regulación de las garantías comerciales debe tener muy en cuenta la diferencia que al respecto puede existir entre las grandes empresas transnacionales y las PYME. La directrices de la armonización habrían de incidir en la relación de las garantías comerciales con las garantías legales, el contenido y la duración de la garantía, los procedimientos de ejecución de la garantía... El CES propone la vía del Foro de consumo como lugar de donde pudieran salir *códigos* (en vez de armonización a través de directivas) con una mayor flexibilidad y una mejor adaptación a las situaciones existentes en los diferentes Estados miembros.

En cuanto a los servicios postventa, el CES considera que el propio carácter remunerado de los mismos aconseja no reglamentar la disponibilidad de los recambios, habida cuenta de que es una actividad de la que las empresas sacan beneficios y ellas son las primeras interesadas en su buen funcionamiento.

**34. Pregunta escrita núm. 1796/93 de Anita Pollack (PSE) a la Comisión de las Comunidades Europeas (20 de julio de 1993). Asunto: Directiva comunitaria sobre las vacaciones combinadas. Respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (27 de octubre de 1993). (DOCE, C, núm. 317, de 14 de noviembre de 1994).**

*Pregunta:* «¿Es cierto que la directiva destinada a mejorar las normas del sector de los viajes no está cumpliendo su misión de facilitar protección a los ciudadanos porque no se dispone de los recursos necesarios para asegurar su aplicación debido a que (por lo menos en el Reino Unido) los funcionarios encargados de las normas comerciales tienen un exceso de trabajo y, por consiguiente, no pueden asegurar los necesarios controles de los agentes de viajes».

*Respuesta:* «La Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, que tiene una auténtica importancia por lo que respecta a la protección de los consumidores, entró en vigor el 31 de diciembre de 1992. Se establece en el artículo 189 del Tratado CEE que las directivas obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, aunque se deja a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Así pues, los Estados miembros están obligados a garantizar que se logre el objetivo de la Directiva por lo que respecta a la protección de los consumidores, dentro del sistema de su legislación nacional. La transposición de la Directiva a la legislación británica se ha llevado a cabo mediante el Statutory Instrument 1992 n.º 3288. La Comisión está examinando estas medidas nacionales para asegurarse de que representan una incorporación de la Directiva. No obstante, corresponde básicamente a las autoridades nacionales llevar a cabo los controles necesarios de las agencias de viajes y, hasta la fecha, la Comisión no ha recibido ninguna queja relativa a la situación que describe la Sra. Diputada en su pregunta. Por lo que respecta a la autoridad encargada de su aplicación en Gran Bretaña, el texto

británico señala que "la aplicación de la reglamentación corresponderá en Gran Bretaña a las autoridades locales de pesos y medidas, y en Irlanda del Norte al Department of Economic Development".

**35. Pregunta escrita núm. 3767/93 de Christine Crawley a la Comisión de las Comunidades Europeas (12 de enero de 1994). Asunto: *Tiempo compartido*. Respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (24 de febrero de 1994). (DOCE, C, núm. 296, de 24 de octubre de 1994).**

*Pregunta:* «A la luz del proyecto de directiva sobre tiempo compartido, ¿conoce la Comisión las negligencias que se producen en algunos centros turísticos? ¿Tiene intención de corregir o revisar la actual legislación sobre el tiempo compartido para que se tengan en cuenta estos hechos, o encargará una investigación sobre este asunto? ¿Podría indicar también la Comisión si las islas Canarias quedarán incluidas en esta legislación o serán declaradas *off-shore* y, por consiguiente, no quedarán afectadas por estas medidas?».

*Respuesta:* «En la reunión que celebró el 19 de noviembre de 1993, el Consejo alcanzó un acuerdo político sobre la propuesta de Directiva relativa a la protección de los compradores en contratos para la adquisición de un derecho para la utilización de propiedades a tiempo compartido. Por tanto, se espera lograr una posición común a principios de 1994. La comisión no considera necesario ir más allá del texto adoptado por el Consejo. La Comisión comunica a Su Señoría que la futura Directiva sobre tiempo compartido se aplicará en las Islas Canarias, al igual que en el resto de la Comunidad».

**36. Pregunta escrita núm. 788/94 de Christine Crawley a la Comisión (23 de marzo de 1994) Asunto: *Directiva relativa a la venta a distancia*. Respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (25 de abril de 1994). (DOCE, C, núm. 306, de 31 de octubre de 1994).**

*Pregunta:* «¿Piensa la Comisión adoptar alguna medida en el marco de su Directiva sobre la venta a distancia, para preservar los intereses de las personas que tienen aficiones específicas, como el modelismo, y que dependen en gran medida de los servicios de pequeñas empresas especializadas? Los cientos de miles de personas interesadas no podrán enviar sus pedidos a esas empresas si sólo pueden recibir las mercancías contra reembolso y a las empresas les resultará difícil operar sobre la base de facturación. ¿Piensa también la Comisión preservar igualmente la posibilidad de que las revistas funcionen sobre la base de una "suscripción anual pagadera por adelantado"?».

*Respuesta:* «La Comisión presentó en abril de 1992 una propuesta de Directiva relativa a los contratos negociados a distancia. En dicha propuesta no se incluía ninguna disposición sobre la seguridad financiera en caso de pago por adelantado por parte del consumidor. El Comité Económico y Social y el Parlamento expresaron su deseo de que el texto propuesto integrara medidas de protección del consumidor en caso de pago por adelantado. El Parlamento aprobó una enmienda por 316 votos contra 4 relativa a la creación de fondos de garantía. La Comisión, sin ir tan lejos, ha incluido simplemente en su propuesta modificada una disposición en materia de venta a distancia que ya

existe en la legislación belga y portuguesa: el consumidor puede elegir pagar únicamente tras la recepción del producto. Este texto se encuentra sometido a debate en la actualidad en el Consejo. Se espera obtener una posición común en mayo. A continuación, se transmitirá al Parlamento, según el procedimiento de codecisión, para una segunda lectura».

**37. Pregunta escrita núm. 688/94 de Winifred Ewing a la Comisión (21 de marzo de 1994). Asunto: Directiva sobre los *contratos negociados a distancia*. Respuesta del Sr. Vanni d'Archirafi (27 de abril de 1994). (DOCE, C, núm. 306, de 31 de octubre de 1994).**

*Pregunta:* «¿Es conveniente que la Directiva sobre los contratos negociados a distancia aplique nuevas condiciones para las reservas de hoteles y demás servicios turísticos que normalmente se reservan por adelantado? En caso afirmativo, ¿es consciente la Comisión del gran perjuicio que ello supondrá para la industria turística, concretamente en zonas alejadas y periérficas?»

*Respuesta:* «La propuesta de Directiva sobre los contratos negociados a distancia, modificada por la Comisión de conformidad con el dictamen del Parlamento, se ocupaba de numerosos servicios turísticos relacionados con el alojamiento, el transporte, la comida y la diversión. No obstante, por tratarse de "servicios de reserva", se propuso que quedaran exentos de la obligación de contemplar un plazo de 7 días para la resolución del contrato. El Consejo está estudiando actualmente un texto de compromiso preparado por la Presidencia griega. Tras tomar en consideración la opinión de las empresas y los debates habidos bajo la Presidencia belga, se ha suprimido del texto la disposición relativa a los pagos por adelantado y, si bien se sigue hablando en la Directiva de los "servicios con reserva", se ha eliminado prácticamente la mitad de las medidas previamente estipuladas. Estas modificaciones deberían disipar los temores manifestados ante la Comisión por las empresas turísticas. La Comisión ha realizado, y continuará realizando, numerosas consultas, a fin de garantizar que las opiniones de todas las partes interesadas sean tenidas en cuenta en la elaboración de la futura Directiva. Está previsto que en el Consejo sobre política de los consumidores que se celebrará el 16 de mayo próximo se adopte una posición común, que se presentará luego al Parlamento en segunda lectura. En virtud del procedimiento de codecisión, el Parlamento tiene aún un importante papel que desempeñar en la redacción de la versión final del texto.»

**38. Pregunta escrita núm. 38/94 de Emmanouil Karellis a la Comisión de las Comunidades Europeas (9 de febrero de 1994). Asunto: *Directiva comunitaria sobre viajes organizados*. Respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (24 de marzo de 1994). (DOCE, C, núm. 255, de 12 de septiembre de 1994).**

*Pregunta:* «La directiva comunitaria sobre viajes organizados no se ha aplicado aún en Grecia, al tiempo que la mayor parte de agencias de viaje ignoran su existencia, con el perjuicio consiguiente para los consumidores. ¿De

qué modo tiene intención de actuar la Comisión para que Grecia aplique de inmediato dicha directiva?».

*Respuesta:* «La Directiva 90/314/CEE del Consejo relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados entró en vigor el 31 de diciembre de 1992. Por ahora, la Comisión ha recibido las medidas nacionales de implementación de 5 Estados miembros: Dinamarca, Francia, Países Bajos, Portugal y Reino Unido. Por los que respecta a los demás Estados miembros que todavía no han comunicado sus medidas nacionales de implementación, la Comisión ha iniciado el procedimiento de infracción con arreglo a lo establecido en el artículo 169 del Tratado CE. Además, habida cuenta de su segundo plan de acción trienal 1993-1995 en materia de política de los consumidores, la Comisión concede una gran importancia a la realización de un control lo más estricto posible tanto de la transposición como de la implementación de la legislación comunitaria, a fin de proporcionar a los consumidores una protección efectiva.»

**39. Pregunta escrita núm. 4016/93 de Sotiris Kostopoulos a la Comisión de las Comunidades Europeas (26 de enero de 1994). Asunto: *Derechos de los Consumidores*. Respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (16 de marzo de 1994). (DOCE, C, núm. 251, de 8 de septiembre de 1994).**

*Pregunta:* «La Unión Europea de Consumidores vuelve a manifestar una vez más su reserva sobre la evolución de la situación los derechos de los consumidores en el marco del mercado interior. Hasta ahora, según dicha Unión, apenas se ha tenido en cuenta la opinión de los representantes de los consumidores. Las cláusulas de los seguros no se aplican, el derecho a recibir indemnizaciones continúa siendo letra muerta y la seguridad y calidad de los productos pertenece a la esfera de las entelequias. Por otra parte, la información sigue siendo deficitaria y no existe ningún compromiso para establecer la utilización de la lengua nacional en las etiquetas de los productos. ¿Puede darnos a conocer la Comisión cuál es su posición actual sobre estos problemas sobre los que expresa sus reservas la Unión Europea de Consumidores?».

*Respuesta:* «Los derechos de los consumidores europeos deberían verse reforzados por el artículo 129 A del Tratado CE, en el que se prevé un nivel elevado de protección de los consumidores. De esta manera, la Comunidad podrá emprender acciones específicas para completar las políticas nacionales en materia de salud, seguridad y defensa de los intereses económicos, así como para mejorar la información de los consumidores. Asimismo, la Comisión adoptó anteriormente, en julio de 1993, su plan de acción trienal 1993-95, en el que se define el marco de sus acciones futuras. La aplicación de la Directiva 92/59/CEE sobre la seguridad general de los productos, cuyo plazo de incorporación al derecho nacional finaliza en junio de 1994, debería permitir mejorar en muy buena medida la situación. Por lo que respecta a las indemnizaciones, la Directiva 85/347/CEE sobre la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos ha aportado desde 1989 una mayor protección a las víctimas. Por lo que respecta al etiquetado, especialmente para los productos, así como al empleo de las lenguas, la Comisión transmitió en



noviembre de 1993 al Consejo y al Parlamento dos comunicaciones, en las que propone temas de reflexión e iniciativas de las demás instituciones.»

**40. Pregunta escrita núm. 178/94 de José Apolinario a la Comisión de las Comunidades Europeas (22 de febrero de 1994). Asunto: *Multipropiedad e información al consumidor*. Respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (3 de mayo de 1994). (DOCE, C, núm. 362, de 19 de diciembre de 1994).**

*Pregunta:* «¿Puede informar la Comisión sobre las acciones de información al consumidor previstas a raíz de la adopción de la directiva sobre la multipropiedad?».

*Respuesta:* «En caso de que la pregunta de Su Señoría haga referencia a la información que los consumidores deben poseer previamente a la conclusión de un contrato a tiempo compartido, es preciso señalar que la Comisión incluyó en su propuesta modificada una serie de normas a fin de que el vendedor deba comunicar al comprador un número mínimo de elementos de información sobre el objeto del contrato. Evidentemente, estos elementos de información solamente serán definitivos cuando se adopte la directiva. Si, por el contrario, la pregunta planteada por Su Señoría hace referencia a las acciones previstas para que los consumidores conozcan la existencia de legislación comunitaria en relación con los contratos a tiempo compartido, la Comisión solamente tiene previsto intervenir de forma suplementaria a fin de completar la información que cada Estado miembro suministrará cuando entre en vigor su propia legislación. En esa intervención de la Comisión se tendrá en cuenta el hecho de que el acuerdo obtenido por el Consejo incluye la fijación de un plazo de transposición de la directiva de 3 años. No obstante, es preciso señalar que el segundo plan de acción sobre la política de los consumidores, aprobado por la Comisión el 27 de julio de 1993, establece como una de sus prioridades la mejora de la información a los consumidores. Así pues, se llevarán a cabo acciones concretas para informar a los consumidores sobre sus derechos en el marco del Mercado interior a través de los medios, escritos o audiovisuales, más apropiados.»

**41. Pregunta escrita núm. 875/94 de Sotiris Kostopoulos a la Comisión de las Comunidades Europeas (30 de marzo de 1994). Asunto: *Los derechos del público consumidor*. Respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (5 de mayo de 1994). (DOCE, C, núm. 362, de 19 de diciembre de 1994).**

*Pregunta:* «¿Puede indicarnos la Comisión con qué medios y medidas comunitarias se protegen los derechos del público consumidor de los Estados miembros frente a la publicidad engañosa y los productos carentes de seguridad?».

*Respuesta:* «Por lo que respecta a la publicidad engañosa, el Consejo adoptó la Directiva 84/450/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. Todos los Estados miembros han puesto en práctica esta Directiva. En relación con los medios comunitarios para la pro-

tección de los consumidores ante los productos inseguros, es preciso señalar que, en general, la seguridad de los productos, a partir de un nivel de protección elevado, es una referencia constante en toda legislación comunitaria específica que tenga por objeto armonizar las normativas nacionales relativas a las características de los productos comercializados. Asimismo, la Comunidad se ha dotado de diferentes instrumentos horizontales a fin de garantizar y desarrollar una política global de seguridad. Se trata, en concreto, de los siguientes instrumentos:

— la Decisión 89/45/CEE del Consejo relativa a un sistema comunitario de intercambio rápido de informaciones sobre los peligros derivados de la utilización de productos de consumo, prorrogada por la Decisión 90/352/CEE del Consejo hasta la entrada en vigor de la Directiva 92/59/CEE, que la integra y le da una nueva dimensión;

— la Directiva 92/59/CEE de 29 de junio de 1992 relativa a la seguridad general de los productos, que entrará en vigor el 29 de junio de 1994;

— la Decisión 86/138/CEE del Consejo por la que se establece un sistema comunitario de información sobre los accidentes domésticos y de las actividades de tiempo libre y las Decisiones 90/394/CEE y 93/683/CEE por las que se prolonga este sistema;

— la Decisión 93/580/CEE del Consejo relativa al establecimiento de un sistema comunitario de informaciones sobre determinados productos que pueden poner en peligro la seguridad o la salud de los consumidores.

**42. Preguntas escritas núm. 2517/93, 2518/93 y 2519/93 de Sotiris Kostopoulos a la Comisión (1 de septiembre de 1993). Asuntos: Código de conducta común para las agencias publicitarias. Protección de los consumidores frente a la publicidad clandestina o engañosa. Indemnización de los consumidores frente a la publicidad clandestina o engañosa. Respuesta común a las preguntas escritas 2517/93, 2518/93 y 2519/93 dado por la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (11 de febrero de 1994). (DOCE, C, núm. 352, de 12 de diciembre de 1994).**

*Preguntas:* —«Con objeto de aumentar la protección de los consumidores frente a la publicidad clandestina o engañosa, ¿piensa la Comisión alentar a las agencias publicitarias a elaborar un código de conducta común que permita, en la medida de lo posible, evitar cualquier acción que provoque el descontento de los consumidores?. —Muchos temen que a finales de este año, cuando venza el tercer programa de acción relativo a la política de protección del consumidor, aumente la publicidad clandestina o engañosa. ¿piensa la Comisión prorrogar dicho programa y adoptar medidas de protección de los consumidores frente a este tipo de publicidad?. —Considerando la situación que prevalece en el sector de la publicidad en Europa y a la vista de la gran necesidad de asegurar una mayor protección de los consumidores y garantizarles indemnizaciones en el país en que residen, aunque el responsable no reside en el mismo, ¿piensa la Comisión proponer alguna medida al respecto?.»

*Respuesta común:* «La Comisión aprobó el 28 de julio de 1993 su nuevo programa trienal 1993-95 en materia de política de los consumidores, en el que se prevén nuevas iniciativas a fin de reforzar la protección de los consumidores. Por lo que respecta al control de la publicidad, la Comunidad ya dis-

pone de textos de base tales como la Directiva 84/450/CEE relativa a la publicidad engañosa y la Directiva 89/552/CEE, cuyo Capítulo IV tiene por objeto regular la publicidad por televisión y, en concreto, el apartado 4 de su artículo 10, en el que se prohíbe la publicidad clandestina. La Comisión siempre ha sido favorable a la adopción por parte de los propios profesionales de códigos de prácticas adecuadas, que complementen a las normas legales, siempre que exista un respeto generalizado de estos códigos y que existan procedimientos eficaces y la posibilidad de interposición de recursos a fin de garantizar su aplicación efectiva. La industria, por su parte, ha adoptado varias iniciativas en materia de códigos de conducta adecuada a nivel internacional. Por ejemplo, existen varios códigos establecidos por la Cámara Internacional de Comercio de París, en los que se han inspirado a menudo los diferentes códigos nacionales. Asimismo, diversos organismos nacionales de autodisciplina han creado la European Advertising Standards Alliance a fin de coordinar la tramitación de denuncias relativas a publicidad de tipo transfronterizo. Esta institución ya ha tramitado varios casos en su primer año de funcionamiento. La compensación de los consumidores que son víctima de publicidad clandestina o engañosa es competencia de las legislaciones nacionales. Es preciso recordar al respecto que en las Directivas anteriormente mencionadas no se establece ningún derecho a la compensación de los consumidores afectados por estos tipos de publicidad. El problema más general de los conflictos de consumo en situaciones transfronterizas se abordará en el Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia, que la Comisión prepara para finales de año. De manera más general, es preciso señalar que las cuestiones planteadas por la publicidad transnacional se abordarán en el Libro Verde sobre la comunicación comercial, que la Comisión está preparando y que se adoptará el próximo año. En este Libro Verde se analizarán los efectos de la disparidad de las normativas nacionales en la actividad de la comunicación comercial, y se incluirá en este análisis una revisión de los códigos de conducta, así como los sistemas de autoregulación existentes en los Estados miembros.»

**43. Pregunta escrita núm. 4108/93 de José Lafuente López a la Comisión (7 de febrero de 1994). Asunto: Protección de los consumidores ante los seguros jurídicos de circulación. Respuesta del Sr. Vanni d'Archirafi en nombre de la Comisión (22 de marzo de 1994). (DOCE, C, núm. 352, de 12 de diciembre de 1994).**

*Pregunta:* «Cada vez se extienden con mayor intensidad, en el ámbito de la protección jurídica, los seguros de tal naturaleza que cubren los gastos de abogados, expertos, gastos de tribunal, etc., en el supuesto de accidentes de circulación de los beneficiarios de una póliza de seguros. Dado que el ámbito geográfico de un seguro de tales características suele ser el conjunto de los países miembros de la Comunidad Europea, ¿podría indicar la Comisión cuáles son las disposiciones comunitarias que puedan proteger al usuario de los seguros de tal naturaleza, que tengan como finalidad cubrir al asegurado los gastos jurídicos que puedan imputársele, en el supuesto de accidentes de circulación que puedan acacerle en cualquier país miembro de la Comunidad Europea?»

*Respuesta:* «La Comisión informa a Su Señoría que la Directiva 87/344/CEE del Consejo armonizó las condiciones de acceso y ejercicio del seguro de de-

fensa jurídica en la Comunidad. El objetivo de esta Directiva es determinar las condiciones que los aseguradores activos en el ramo de defensa jurídica deben satisfacer. Mediante estas condiciones se pretende facilitar el ejercicio real de la libertad de establecimiento y evitar al máximo los conflictos de intereses que puedan surgir entre el asegurado y el asegurador cuando éste cubra a otro asegurado implicado en el mismo siniestro o cuando cubra al asegurado tanto en lo que respecta a la defensa jurídica como a la responsabilidad civil. A este respecto, la Directiva contempla métodos de gestión del ramo de la defensa jurídica destinados a garantizar la independencia en la gestión de esta actividad respecto de otros ramos de seguros de daños. Los métodos autorizados son los siguientes: —El asegurador está especializado en defensa jurídica, es decir, que no ejerce ningún otro ramo. —El asegurador no está especializado pero, bien adopta una gestión diferenciada para el ramo de la defensa jurídica, bien confía la gestión de los siniestros de este ramo a una empresa jurídicamente distinta, bien prevé que el tomador del seguro puede confiar la defensa de sus intereses a un abogado de su elección a partir del momento en que acontece el siniestro. De todos modos, la Directiva reconoce también al tomador del seguro el derecho a elegir libremente a un abogado en todo procedimiento judicial o administrativo o cuando surge un conflicto de intereses. Esta facultad debe constar explícitamente en el contrato. En la actualidad, la garantía de defensa jurídica puede suscribirse como garantía independiente, en un contrato *ad hoc*, o puede incluirse en un contrato que cubra otros riesgos del seguro de daños. Este es especialmente el caso en el ramo del seguro de automóviles, donde a menudo el contrato cubre no sólo la responsabilidad civil obligatoria sino también la garantía de defensa jurídica, entre otros. En este caso, la garantía de defensa jurídica debe ser objeto de un capítulo separado en el contrato único."

#### PROPIEDADES ESPECIALES

**44. Pregunta escrita núm. 3478/93 de Christine Oddy (PSE) a la Comisión (11 de noviembre de 1993). Asunto: *Patente europea*. Respuesta del Sr. Vanni d'Archirafi en nombre de la Comisión (1 de diciembre de 1993). (DOCE, C, núm. 336, de 30 de noviembre de 1994).**

*Pregunta:* «¿Es consciente la Comisión de que a pesar del Convenio sobre la concesión de patentes europeas, según el apartado 2 del artículo 2, una vez que se concede, una patente europea sigue estando sujeta a las condiciones que regulan las patentes nacionales? En consecuencia, los titulares de las patentes pueden perder sus correspondientes derechos por incumplimiento de un requisito nacional. ¿Qué medidas piensa tomar la Comisión para suprimir esta anomalía y facilitar la introducción de una patente europea bajo una administración centralizada?»

*Respuesta:* «Si bien el Convenio de Munich sobre la concesión de patentes europeas prevé que, una vez que se concede, una patente europea está sujeta a las mismas condiciones que regulan las patentes nacionales de cada Estado signatario para el que ha sido concedida (apartado 2 del artículo 1), ello es válido únicamente en tanto en cuanto el propio Convenio no contenga disposiciones en contrario. Así, el artículo 138 del Convenio de Munich estable-

ce que una patente europea no se podrá declarar nula en el territorio de un Estado signatario en virtud de su legislación, salvo que se den determinadas condiciones: en particular, si el objeto de la patente europea no es patentable según las condiciones de patentabilidad establecidas en el Convenio, o si la patente europea no describe la invención de manera lo suficientemente clara y completa como para que un especialista pueda llevarla a la práctica. En consecuencia, si un juez nacional pronuncia la nulidad de una patente europea, es porque el Convenio de Munich le autoriza a ello, en función de los criterios previstos en el mismo y presentes en la legislación nacional, y no debido a una particularidad de tal legislación susceptible de ser utilizada por dicho juez. No obstante, se debe reconocer que el hecho de que todos los jueces nacionales de los Estados signatarios apliquen las mismas causas de nulidad de patentes europeas no impide que la jurisprudencia adopte una perspectiva específica en cada uno de los Estados en cuestión. Por esta razón, en el problemático ámbito de la protección jurídica de inventos biotecnológicos, la Comisión ha presentado una propuesta de directiva encaminada a dotar a todos los legisladores y jueces nacionales de los mismos enfoques ante los problemas planteados. Por último, se puede precisar que, cuando entre en vigor el Acuerdo sobre patentes comunitarias, la situación descrita no podrá repetirse. Con ello, tendrá los mismos efectos en todos los territorios a que se aplica el Convenio sobre patentes comunitarias, es decir, los doce Estados miembros, y sólo podrá ser declarada nula para el conjunto de dichos territorios. La jurisprudencia de patentes comunitarias se unificará con la creación de un Tribunal de Apelación Común.»

**45. Pregunta escrita núm. 3918/93 de Sotiris Kostopoulos a la Comisión de las Comunidades Europeas (24 de enero de 1994). Asunto: *Protección de los fabricantes de artículos de marca*. Respuesta del Sir Leon Brittan en nombre de la Comisión (2 de marzo de 1994). (DOCE, C, núm. 255, de 12 de septiembre de 1994).**

*Pregunta:* «Se extiende con gran rapidez por todo el mundo un comercio con artículos de imitación que afecta tanto a prendas de vestir como a perfumes, tanto a automóviles como a títulos de especialidad y tanto a libros como a medicamentos y joyas. Es obvio que ya no bastan los medios tradicionales para hacer frente a dicho comercio, cuyos beneficios anuales ascienden a 21 billones de dracmas. Con vistas a proteger a los fabricantes europeos de artículos de marca, que sufren hoy en día enormes pérdidas, ¿con qué medidas cree la Comisión que es posible luchar eficazmente contra esta plaga en Europa?»

*Respuesta:* «La Comisión es plenamente consciente del daño ocasionado a la industria comunitaria por el comercio de productos falsificados o plagiados. Para solucionar este problema, la Comisión piensa que deben adoptarse medidas tanto de carácter interno como internacional. Dentro de las primeras, el Consejo adoptó el Reglamento (CEE) n.º 3842/86 para controlar la importación de mercancías con usurpación de marca. En breve va a adoptarse un reglamento que extenderá su alcance a las mercancías que infringan los derechos de diseño, de autor y otros. Además, la armonización de los derechos de propiedad intelectual (DPI) beneficiará claramente a los poseedores de derechos comunitarios, facilitándoles el pleno ejercicio y el disfrute de estos últi-

mos y permitiendo que se apliquen en toda la Comunidad. La legislación actual y propuesta atañe, entre otras cosas, a las marcas y diseños industriales comunitarios, programas informáticos, topografías de productos semiconductores, armonización de los diseños industriales nacionales, protección de los derechos de autor y otros. derechos de préstamo y arriendo y derechos de autor en el caso de la televisión por satélite o por cable. Además, la legislación de los Estados miembros complementa en muchos sentidos la comunitaria. En cuanto a las medidas de carácter internacional, la reciente conclusión de las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT, con el Acuerdo sobre determinados aspectos de los derechos de propiedad intelectual en relación con el comercio, permitirá adoptar unas normas estrictas para la protección de los DPI y su aplicación efectiva, entre ellas disposiciones para el control fronterizo de las mercancías falsificadas o plagiadas. Además, la Comunidad ha estado incluyendo durante cierto tiempo en todos sus acuerdos bilaterales con terceros países importantes disposiciones que requieren una protección eficaz de los derechos de propiedad intelectual. Los Acuerdos con los países de Europa Central y Oriental, por ejemplo, contemplan una mejora significativa de la protección de los DPI y su aplicación en los países afectados. La Comisión considera que todas estas medidas representan pasos decisivos hacia la erradicación de las falsificaciones y plagios a escala mundial y comunitaria.»

**46. Pregunta escrita núm. 37/94 de Bruno Boissière a la Comisión (9 de febrero de 1994). Asunto: Transposición de la primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. Respuesta del Ser. Vanni d'Archirafi en nombre de la Comisión (27 de abril de 1994). (DOCE, C, núm. 362, de 19 de diciembre de 1994).**

*Pregunta:* «¿Podría la Comisión actualizar y completar la respuesta que dió a la pregunta escrita E-147/93? ¿Podría indicar asimismo en qué fase se hallan los procedimientos por infracción que ha iniciado contra los siete Estados miembros que, el 1 de febrero de 1993, aún no habían incorporado la Directiva 89/104/CEE del Consejo relativa a las marcas?»

*Respuesta:* «De conformidad con el artículo 169 del Tratado CE, la Comisión ha remitido cartas de emplazamiento a Bélgica, Alemania, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Reino Unido por no haber notificado las medidas nacionales de aplicación a la Directiva 89/104/CEE del Consejo relativa a las marcas. Los Estados miembros han respondido a la Comisión. La situación actual es la siguiente:

- Alemania: se ha presentado un proyecto de ley en el Parlamento.
- Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos: el Comité de Ministros de la Unión económica del Benelux ha firmado un protocolo por el que se modifica la Ley uniforme del Benelux sobre marcas. El Protocolo se encuentra en trámite de ratificación en los parlamentos nacionales de los tres Estados miembros.
- Irlanda: antes del verano se presentará en el Parlamento un proyecto de ley.
- Portugal: se ha presentado un proyecto de ley en el Parlamento.
- Reino Unido: se ha presentado un proyecto de ley en el Parlamento.

## POLÍTICA SOCIAL

47. Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo. (DOCE, C, núm. 191, de 14 de julio de 1994).

48. Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre la constitución de un comité europeo o el establecimiento de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. (DOCE, C, núm. 199, de 21 de julio de 1994).

49. Posición común (CE) n.º 32/94 adoptada por el Consejo el 18 de julio de 1994 con vistas a la adopción de la Directiva 94/.../CE del Consejo de ....., sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. (DOCE, C, núm. 244, de 31 de agosto de 1994).

50. Dictamen sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a la constitución de un comité europeo o al establecimiento de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. (DOCE, C, núm. 295, de 22 de octubre de 1994).

## ENTIDADES DE CRÉDITO, INVERSIÓN, COTIZACIÓN

51. Posición común (CE) n.º 24/94 adoptada por el Consejo el 6 de junio de 1994 con vistas a la adopción de la Directiva 94/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 77/780/CEE y 89/646/CEE, relativas a las entidades de crédito, las Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE, relativas al *seguro directo distinto del seguro de vida*, las Directivas 79/267/CEE y 92/96/CEE, relativas al *seguro de vida*, la Directiva 93/22/CEE, relativa a las *empresas de inversión* y la Directiva 85/611/CEE, sobre determinados *organismos de inversión colectiva* en valores mobiliarios (OICVM) con objeto de reforzar la supervisión prudencial. (DOCE, C, núm. 213, de 3 de agosto de 1994).

MATERIAS VARIAS: PRÁCTICA DE LA ABOGACÍA; TARIFAS EN TRANSPORTE AÉREO; PROGRAMAS DE FIDELIDAD; REGULACIÓN COMUNITARIA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA; INCUMPLIMIENTO DE LA DIRECTIVA SOBRE SEGURO DE VIDA DIRECTO; OPACIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO; LEGISLACIÓN SOBRE HIPOTECAS DE PROPIEDADES; SITUACIÓN DEL PROPIETARIO NO RESIDENTE EN ESPAÑA.

52. Pregunta escrita núm.4106/93 del Sr. José Lafuente López (PPE) a la Comisión de las Comunidades Europeas (7 de febrero de

**1994). Asunto: Período de prácticas para el ejercicio de la abogacía. Respuesta del Sr. Vanni d'Archirafi en nombre de la Comisión (7 de marzo de 1994). (DOCE, C, núm. 332, de 28 de noviembre de 1994).**

*Pregunta:* «La experiencia acumulada en los primeros momentos en que se pretende hacer efectivas las disposiciones comunitarias relativas al libre establecimiento, en todo el territorio comunitario, de los profesionales de la abogacía incide, entre otros factores, en la necesidad de que tales profesionales liberales hayan llevado a cabo un determinado período de prácticas que avale su experiencia en el ejercicio libre de la profesión de abogado. Dada la diversidad de sistemas imperantes al respecto, en los diferentes países miembros, ¿estima la Comisión que sería conveniente armonizar criterios sobre el particular, y supeditar el ejercicio libre de la profesión de abogado a la práctica de un determinado número de años en un bufete profesional, en su país de origen, con lo que quedaría armonizado tal requisito para todo el conjunto de los Estados miembros en el tema de referencia?»

*Respuesta:* «Entre otras razones, teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad, la Comisión no considera ni necesario ni oportuno presentar una propuesta de directiva para supeditar el ejercicio de la profesión de abogado a un determinado número de años de práctica».

**53. Pregunta escrita núm. 560/93 del Sr. Robles Piquer a la Comisión (30 de marzo de 1993) Asunto: Legalidad de la práctica del «millage» como medio de promoción del «marketing» en el transporte aéreo. Respuesta del Sr. Matutes en nombre de la Comisión (8 de diciembre de 1993). (DOCE, C, núm. 296, de 24 de octubre de 1994).**

*Pregunta:* «La liberalización de las tarifas en el tráfico aéreo de viajeros está introduciendo toda una serie de intentos —por parte de las compañías aéreas— que desean beneficiarse de la mencionada liberalización, y ello sin alterar las habituales normas de juego mediante las cuales, tradicionalmente, unas compañías respetaban el margen de maniobra de las demás. Tras algunos intentos —más próximos a los escauceos que a auténticas estrategias de “marketing” inspirados en la repetida liberalización— algunas compañías han anunciado la puesta en práctica de la bonificación tarifaria en virtud del “millage” con que el viajero habitual de una compañía puede beneficiarse, por su fidelidad a la misma compañía, de un billete gratuito tras recorrer equis miles de millas con la compañía aérea en cuestión. Tal estrategia de “marketing”, conocida como la del “millage”, ha levantado las protestas de otras compañías aéreas que juzgan competencia desleal y falseamiento de las tarifas reales el regalo de billetes a viejeros con millas suficientes en su particular carnet de notas con la compañía que le distingue. ¿Sabría la Comisión acordar su arbitraje en relación con la práctica del “millage” aéreo como variedad de la liberalización de tarifas aéreas, indicando la legalidad, o no, de tal práctica de “marketing”?».

*Respuesta:* «La práctica de los programas de fidelidad, denominada en inglés “Frequent Flyer Programme”, se ha generalizado, en el transcurso de estos dos últimos años, entre las compañías aéreas comunitarias a raíz de la introducción de estos programas en el mercado comunitario por parte de las



compañías aéreas norteamericanas. Si bien se trata de una forma de competencia en el precio, no cabe, sin embargo, considerarlos una consecuencia de la liberalización de las tarifas intracomunitarias que entró en vigor el 1 de enero de 1993. La Comisión está estudiando la compatibilidad de los programas de fidelidad con la realización del gran mercado interior de la aviación civil, sobre todo en lo que atañe al respeto de las normas de la competencia. La Comisión está preocupada, en particular, por las distorsiones de la competencia que, en detrimento de las compañías nuevas en el mercado, pueden originar los programas de fidelidad de las compañías aéreas que disponen ya de redes extensas. En este sentido, podría contemplarse la publicación, en el DOCE, de una comunicación en la que se especifiquen los límites que, sobre todo, el artículo 86 del Tratado CEE, que prohíbe todo abuso de posición dominante, impone a la utilización de estos programas. Podría proponerse también un código de conducta comunitario que regule de una manera más general la utilización de los programas de fidelidad. Se están examinando las posibles soluciones.»

**54. Pregunta escrita núm. 3452/93 de Carlos Reobles Piquer a la Comisión de las Comunidades Europeas (7 de diciembre de 1993). Asunto: Regulación jurídica comunitaria de los derechos de la infancia. Respuesta del Sr. Flynn en nombre de la Comisión (28 de marzo de 1994) (DOCE, C, núm. 268, de 26 de septiembre de 1994).**

*Pregunta:* «La aprobación por el Senado español, a instancias del Grupo Popular de dicha Cámara, de una moción exigiendo al Gobierno de dicho país que envíe al Parlamento un proyecto de ley de derecho de la infancia, ha vuelto a poner de manifiesto la necesidad de que nuestra sociedad comunitaria se dote de un instrumento legal que regule los derechos del menor, y en consecuencia también las responsabilidades de los padres, de los diferentes poderes públicos y de la sociedad en su conjunto, para lograr una protección integral y el desarrollo equilibrado de aquél. Dado que no dejan de ser frecuentes las noticias sobre delitos en los que se encuentran implicados menores de edad, y los nocivos efectos que para el desarrollo de su personalidad provoca la publicidad que se da a este tipo de sucesos, parece evidente que tal protección debe alcanzar tanto a la salud como a la educación o la seguridad. ¿Considera pues la Comisión que debiera impulsar la regulación, mediante el correspondiente instrumento jurídico comunitario, de los derechos y deberes en relación con la infancia?»

*Respuesta:* «La Comisión es plenamente consciente de los problemas planteados en los Estados miembros por los delitos perpetrados contra los niños, así como de la necesidad de una legislación sobre los derechos del niño. En el estado actual del Derecho comunitario, la legislación sobre los temas relativos a los derechos del niño mencionados por Su Señoría es esencialmente competencia de los Estados miembros. No obstante, sobre la base de las Conclusiones de los Ministros de la familia reunidos en el seno del Consejo de 29 de septiembre de 1989, la Comisión organiza intercambios de experiencias y de información en relación con los niños. En este contexto, ha apoyado la realización de encuentros, en marzo y en noviembre de 1993, de investigadores, juristas y profesionales sobre los temas de la adopción y los derechos del niño. En el marco del Año internacional de la familia, apoya la organización

en Atenas, en abril de 1994, de una conferencia sobre la movilidad y los derechos del niño. Estas manifestaciones permiten intercambiar sus informaciones y experiencias a los diferentes agentes implicados en los Estados miembros en el ámbito de la infancia. Asimismo, las actas de estas reuniones, de amplia difusión, permiten que se tome consciencia a nivel comunitario sobre los temas mencionados por Su Señoría.»

**55. Pregunta escrita núm. 2178/93 formulada por José Valverde López a la Comisión de las Comunidades Europeas (28 de julio de 1993). Asunto: Razones alegadas por España para el incumplimiento de la Directiva sobre seguro de vida directo. Respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (3 de noviembre de 1993). (DOCE, C, núm. 226, de 16 de agosto de 1994).**

*Pregunta:* «¿Qué valoración puede hacer la Comisión por el incumplimiento de España en materia de entidades financieras y Derecho de sociedades sobre el seguro de vida directo (Directiva 90/619/CEE)?».

*Respuesta:* «Dado que España no ha incorporado aún en su ordenamiento jurídico la Segunda Directiva relativa a los seguros de vida (Directiva 90/619/CEE), la Comisión ha incoado el procedimiento establecido en el artículo 169 del Tratado CEE con respecto a la falta de notificación de las medidas nacionales de ejecución de la citada Directiva».

**56. Pregunta escrita núm. 2247/93 formulada por Jean-Marie Vanlerberghe a la Comisión de las Comunidades Europeas (30 de julio de 1993). Asunto: Opacidad del derecho comunitario. Respuesta del Sr. Delors en nombre de la Comisión (22 de noviembre de 1993). (DOCE, C, núm. 226, de 16 de agosto de 1994).**

*Pregunta:* «El Consejo de Estado francés ha publicado un informe anual en el que subraya el carácter "complejo, farragoso y a menudo opaco" del derecho comunitario. En vista de su creciente importancia en relación con las legislaciones nacionales, habrá que colmar rápidamente este déficit. ¿Podría la Comisión indicar qué disposiciones tiene en perspectiva con el fin de hacer este derecho más comprensible para los ciudadanos de los países miembros sometidos a él? En este espíritu, ¿Se propone la Comisión editar un código claro y jerarquizado de este derecho que permita a todos conocer la situación de la reglamentación europea?»

*Respuesta:* «En su reunión de 8 de junio de 1993, el Consejo de "Asuntos Generales" adoptó una resolución sobre la calidad literaria de la legislación comunitaria. La resolución fija un cierto número de líneas directrices que servirán de criterios a los que el Consejo y sus órganos subordinados ajustarán los textos legislativos en el momento de su redacción para hacerlos lo más claros, simples, concisos y comprensibles posible. La Comisión apoya el contenido de esta resolución y hará lo necesario para que se aplique.»

**57. Pregunta escrita núm. 345/94 de Anita Pollack a la Comisión (1 de marzo de 1994). Asunto: Hipoteca de propiedades. Respuesta del Sr. Vanni d'Archirafi en nombre de la Comisión (25 de abril de 1994). (DOCE, C, núm. 362, de 19 de diciembre de 1994).**

*Pregunta:* «Teniendo en cuenta las diversas legalizaciones que existen en la Comunidad y las dificultades que surgen en relación con los acuerdos con los bancos para hipotecar propiedades, así como diferencia entre los gastos de hipoteca, ¿está de acuerdo la Comisión en que la mejor solución a este problema sería intentar armonizar la legislación relativa a las hipotecas?».

*Respuesta:* «La Comisión es consciente de que las profundas diferencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de hipotecas pueden plantear dificultades a la hora de realizar operaciones bancarias transfronterizas que conlleven una garantía hipotecaria. La Comisión consideró, en los años sesenta, la posibilidad de armonizar tales legislaciones. No obstante, la experiencia demostró que dicha armonización era prácticamente imposible, dado que las referidas legislaciones estaban estrechamente relacionadas con las relativas al régimen del suelo, el cual dependía, a su vez, directamente de las concepciones nacionales en materia de Derecho Civil. En cualquier caso, el carácter territorial de las legislaciones consideradas implica que toda iniciativa de la Comisión en este ámbito se estudie con especial atención, en particular a la luz del principio de subsidiariedad.»

**58. Pregunta escrita núm. 2645/93 de Georg Jarzembowski a la Comisión de las Comunidades Europeas (1 de septiembre de 1993). Asunto: Inconvenientes sufridos en España por las nacionales de otros Estados miembros de la Comunidad que son propietarios de inmuebles. Respuesta del Sr. Vanni d'Archirafi en nombre de la Comisión (6 de mayo de 1994). (DOCE, C, núm. 358, de 15 de diciembre de 1994).**

*Pregunta:* «1. ¿Cómo juzga la Comisión el hecho de que determinados organismos oficiales españoles y entidades análogas se nieguen a remitir notificaciones al domicilio principal de ciudadanos de la Comunidad y exijan de éstos la designación de representantes locales?. 2. ¿Cómo juzga la Comisión el hecho de que las autoridades españolas exijan a los ciudadanos de la Comunidad que poseen una segunda residencia en España y que no la habitan de manera permanente el pago de un impuesto especial sobre la propiedad?. 3. ¿Cómo juzga la Comisión el hecho de que las autoridades españolas exijan a los nacionales de otros Estados miembros de la Comunidad que designen y otorguen poderes a un representante local para todo lo relacionado con sus obligaciones fiscales?. 4. ¿Tiene conocimiento la Comisión de otros ámbitos de la fiscalidad en los que los ciudadanos españoles reciban un trato distinto del que se dispensa a los nacionales de los otros Estados miembros de la Comunidad? En caso afirmativo, ¿de qué ámbitos se trata?. 5. ¿Qué medidas toma o piensa tomar la Comisión en contra de esta diferencia de trato sufrida por ciudadanos de la Comunidad?»

*Respuesta:* «1. y 3. La Comisión tiene conocimiento de que las personas no residentes en España deben designar a una persona que las represente ante la administración fiscal. Como ya indicó en su respuesta a la pregunta escrita nº 643/92 del Sr. McMillan-Scott, el principio de la designación de un repre-

sentante fiscal es una figura que existe en el derecho comunitario. No obstante, debe reconocerse que el nombramiento de un representante fiscal supone para los propietarios de residencias secundarias en España gastos a menudo excesivos en relación con los impuestos adeudados. La Comisión se puso en contacto con las autoridades españolas para que redujesen esta exigencia. A raíz de estas entrevistas, las autoridades españolas, mediante la Ley 22/1993 de 29 de diciembre de 1993 (disposición adicional n.º 16), suprimieron la obligación para los no residentes de designar a un representante fiscal, siempre que sólo sean propietarios de una residencia secundaria en España y que dicha residencia sea designada domicilio a efectos de la notificación del impuesto sobre la renta de las personas físicas o del impuesto sobre el patrimonio. 2. y 5. La Comisión supone que Su Señoría se refiere en su pregunta al impuesto sobre la renta y al impuesto sobre el patrimonio aplicado a las personas no residentes en España propietarias de bienes inmuebles en este Estado miembro y que ocupen dichos bienes. Por lo que se refiere al impuesto sobre la renta, la legislación fiscal española establece que los ingresos sujetos a impuestos de los bienes inmuebles ocupados por el propietario se estiman en un 2% del valor catastral actualizado de los mismos. Esa norma se aplica tanto a los residentes en España como a los no residentes. Por lo que se refiere al tipo impositivo, se establece a tanto alzado en un 25% para los no residentes. Para los residentes, se trata del tipo marginal del impuesto sobre la renta de las personas físicas aplicado a los ingresos totales sujetos a impuestos. Este régimen diferenciado en materia de tipos impositivos se debe al concepto fiscal, reconocido a escala internacional y aplicado por la mayor parte de los Estados miembros, por el que los contribuyentes residentes están sujetos al impuesto en función de sus ingresos mundiales, mientras que los no residentes sólo están sujetos al impuesto sobre los ingresos generados en el Estado miembro. Por otra parte, los tipos impositivos aplicados a los ingresos generados en España varían entre un 18% y un 50% en función del nivel de ingresos, por lo que el tipo al tanto alzado del 25% aplicado a los no residentes no parece excesivo. En cuanto al impuesto sobre el patrimonio, los tipos aplicados son los mismos (0,2% entre cero y veinticinco millones de pesetas hasta un 2,5% para un patrimonio neto superior a 2.700 millones de pesetas) tanto para los contribuyentes no residentes como para los residentes. Sin embargo, las desgravaciones personales no se conceden a los no residentes (15 millones de pesetas para los residentes). También ha de tenerse presente que los contribuyentes residentes están sujetos al impuesto sobre el patrimonio en función de su patrimonio mundial, mientras que para los no residentes sólo se tienen en cuenta los bienes ubicados en España. La Comisión seguirá examinando la evolución de la situación para evitar que se produzcan discriminaciones entre ciudadanos comunitarios. 4. La Comisión no tienen conocimiento de semejantes situaciones.»

## II. JURISPRUDENCIA DEL TJCE Y DEL TPICE

### MERCANCÍAS

59. STJCE de 16 de junio de 1994. As. C-35/93, *Develop Dr. Eisbein GmbH & Co contra Hauptzollamt Stuttgart-West*. Libre circulación de

mercancías. Anexo del reglamento CEE n.º 950/68 del Consejo, de 28 de junio de 1968, relativo al Arancel Aduanero Común. Regla segunda de las Reglas generales para la interpretación de la Nomenclatura del Arancel Aduanero Común. Concepto de *artículo presentado montado o sin montar*. Aparatos de fotocopia.

60. STJCE de 22 de junio de 1994, As. C-9/93, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH y otros contra Ideal-Standard GmbH y otros*. Cuestión prejudicial. Arts. 30 y 36 Tratado CEE. Libre circulación de mercancías. *Fraccionamiento de una marca debido a cesión voluntaria*. Prohibición del uso de marca por riesgo de confusión. Compatibilidad con la libre circulación de mercancías.

61. STJCE de 12 de julio de 1994, As. C-314/93, *François Rouffeteau y Robert Badia*. Libre circulación de mercancías. Art. 30 Tratado CEE. Directiva 88/301/CEE de la Comisión, de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de comunicaciones. Terminales de telecomunicaciones. *Prohibición de aparatos telefónicos no homologados*. Reexportación. Sanciones de las legislaciones nacionales.

62. STJCE de 13 de julio de 1994, As. C-130/92, *OTO SpA contra Ministero delle finanze*. Libre circulación de mercancías. Art. 12 Tratado CEE. *Impuesto nacional sobre los productos audiovisuales y foto-ópticos*. Tributo interno. No constituye exacción de efecto equivalente. No está comprendido dentro del ámbito del art. 95 Tratado CEE. Compatible con la política comercial común, en particular con el art. 113 del Tratado CEE.

63. STJCE de 9 de agosto de 1994, As. C-340/93, *Klaus Thierschmidt GmbH contra Hauptzollamt Essen*. Cuestiones prejudiciales. Interpretación del Reglamento (CEE) n.º 1224/80 del Consejo, relativo al valor en aduana de las mercancías, en su versión modificada por el Reglamento (CEE) n.º 3193/80 del Consejo. Valor en aduana de mercancías importadas. Régimen de importación de determinados productos textiles: Reglamento (CEE) n.º 4134/86, de 22 de diciembre de 1986 y Reglamento (CEE) n.º 4136/86, de 22 de diciembre de 1986. *Igualdad de tratamiento*.

64. STJCE de 14 de septiembre de 1994, As. C-293/93, *Ludomira Neeltje Barbara Houtwipper*. Cuestión prejudicial. Interpretación de los artículos 30 y 36 del Tratado CEE. Compatibilidad con el Derecho comunitario de la Ley neerlandesa sobre las *normas de garantía de los Metales Preciosos* de 1986. Contraste obligatorio: condiciones, legislaciones nacionales de los Estados importador-exportador, intervención del juez nacional.

65. STJCE de 5 de octubre de 1994, As. C-55/93, *Johannes Gerrit Cornelis van Schaik*. Cuestión prejudicial. Interpretación de los artículos 5, 30, 36, 55, 62, 85 y 86 del Tratado CEE y de la Directiva 77/143/CEE del Consejo. Libre circulación de mercancías. *Control técnico de los vehículos de motor* y sus remolques: certificado de inspección técnica. Legislación nacional: talleres establecidos en otro Estado miembro, automóviles matriculados en el primer Estado, certificado de inspección técnica (exclusión). Compatibilidad con el Tratado CEE.

66. STJCE de 10 de noviembre de 1994, As. C-320/93, *Lucien Ortscheit GmbH contra Eurim-Pharm Arzneimittel*. Cuestión prejudicial. Artículos 30 y 36 del Tratado CEE. Libre circulación de mercancías. Protección de la salud y vida de las personas. Legislación nacional: *medicamentos extranjeros* carentes de autorización sanitaria en el Estado de importación; prohibición de publicidad. Compatibilidad con el Tratado.

#### LIBERTADES: PERSONAS, SERVICIOS

67. STJCE de 16 de junio de 1994, As. C-132/93, *Volker Steen contra Deutsche Bundespost*. Libre circulación de personas. Interpretación de la STJCE de 28 de enero de 1992, *Steen* (C-332/90). Situación puramente interna de un Estado miembro. Compatibilidad de la Constitución de un Estado miembro con disposiciones de su Derecho interno que perjudican frente a nacionales de otro Estado miembro.

68. STJCE de 14 de julio de 1994, As. C-379/92, *Matteo Peralta*. Libre circulación de personas. Arts. 3, letra f), 7, 30, 48, 52, 59, 62, 84 y 130 R del Tratado CEE. Reglamento CEE n.º 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros. Prohibición por Estado miembro de *descarga de sustancias químicas nocivas en aguas territoriales y en aguas interiores* a todos los buques sin distinción de bandera. *Prohibición en alta mar* sólo a los buques con bandera nacional. Sanciones. Compatibilidad con la normativa comunitaria.

69. STJCE de 5 de octubre de 1994, As. C-23/93, *TV10 SA contra Commissariaat voor de Media*. Cuestión prejudicial. Arts. 59 y 60 del Tratado CEE. Libre prestación de servicios. *Distribución por cable* en un Estado miembro de emisiones de radiodifusión procedentes de otro Estado miembro. Empresa domiciliada en Estado miembro cuya prestación de servicios se orienta de manera preponderante hacia otro Estado miembro. Inclusión de la distribución por cable en los arts. 59 y 60 del Tratado CEE. Posibilidad de aplicación de la propia normativa a *empresas de radiodifusión* domiciliadas en otro Estado miembro cuando realicen emisiones dirigidas hacia el propio territorio.

70. STJCE de 9 de agosto de 1994, As. C-43/93, *Raymond Vander Elst contra Office des migrations internationales (OMI)*. Libre prestación de servicios. Artículos 59 y 60 del Tratado CEE. Cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 59 y 60 del Tratado relativos a la libre prestación de servicios. Prohibición de toda *discriminación por razón de nacionalidad*. Legislación de un Estado miembro obligando a las empresas establecidas en otro Estado miembro y que prestan servicios en su territorio por medio de trabajadores nacionales de un Estado tercero al cumplimiento de gravámenes adicionales (permiso de trabajo y gastos correspondientes). Incompatibilidad con los artículos 59 y 60 del Tratado CEE.

71. STJCE de 9 de agosto de 1994, As. C-447/93, *Nicolas Dreessen contra Conseil national de l'ordre des architectes*. Cuestión prejudicial. Libre prestación de servicios. Interpretación del artículo 11 de la Directiva 85/384/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985. *Reconocimiento de títulos en el sector de la arquitectura* (no).

#### COMPETENCIA

72. STJCE de 9 de junio de 1994, As. C-153/93, *Bundesrepublik Deutschland contra Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft mbH*. Cuestión prejudicial. Competencia. Arts. 85 y 5 párrafo segundo del Tratado CEE. *Tarifas del tráfico fluvial*. Fijación por Comisiones de fletes y obligatoriedad para todos los operadores económicos. Condiciones de actuación de las Comisiones de fletes.

73. STJCE de 15 de junio de 1994, As. C-137/92 P. *Comisión de las Comunidades Europeas contra BASF AG y otros*. Competencia. Art. 85 Tratado CEE. Decisión 89/190/CEE de la Comisión de 21 de diciembre de 1988, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV-31.865, PVC). Recurso de casación contra la sentencia de 27 de febrero de 1992. *Prácticas concertadas*. Anulación de la Sentencia de primera instancia. Anulación de la decisión 89/190/CEE de la Comisión de 21 de diciembre de 1988, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV-31.865, PVC).

74. STJCE de 16 de junio de 1994, As. C-322/93 P, *Automobiles Peugeot SA y Peugeot SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Art. 85 Tratado CEE. Recurso de casación contra la sentencia de 22 de abril de 1993 (T-9/92) de 4 de diciembre de 1991. Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 1991. Circular sobre suspensión de entrega y prohibición de aceptar pedidos de vehículos nuevos. *Prácticas concertadas*. Desestimación del recurso.

75. STJCE de 7 de julio de 1994, Sala Segunda, As. T-43/92, *Dunlop Slazenger International Ltd contra Comisión de las Comunidades Euro-*

*peas*. Competencia. Art. 85 del Tratado CEE. Decisión 92/261/CEE de 18 de marzo de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.290 - Newitt contra Dunlop Slazenger Inter-territorial absoluta). *Acuerdos de distribución en exclusiva*. Protección territorial absoluta. Prohibición de importaciones paralelas. Prácticas concertadas. Anulación de la decisión.

76. STJCE de 14 de julio de 1994, As. T-66/92, *Herlitz AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Art. 85 párrafo primero del Tratado CEE. Recurso contra la decisión 92/426/CEE de la Comisión, de 15 de julio de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CEE (IV/32.725 - Viho contra Parker Pen). *Cláusula de prohibición de exportación*. Desestimación del recurso.

77. STJCE de 14 de julio de 1994, As. T-77/92, *Parker Pen Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Art. 85 párrafo primero del Tratado CEE. Art. 2 de la Decisión 92/426/CEE de la Comisión, de 15 de julio de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.725 - Viho contra Parker Pen). *Cláusula de prohibición de exportación*. Perjuicio del Comercio entre los Estados miembros. Reducción de la multa señalada en el artículo 2 de la Decisión 92/426/CEE.

78. STJCE de 15 de julio de 1994, As. T-17/93, *Matra Hachette SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Art. 85. párrafo primero del Tratado CEE. Reglamento n.º 17 (CEE) del Consejo, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, de 6 de febrero de 1962. Empresa común para la fabricación de vehículo "monocuerpo" o de uso múltiple. Decisión de *exención de las disposiciones del art. 85 párrafo primero del Tratado CEE* adoptada por la Comisión el 23 de diciembre de 1992. Recurso contra la Decisión. Desestimación del recurso.

79. STJCE de 9 de agosto de 1994, As. C-44/93, *Namur-Les assurances du crédit SA contra Office national du ducroire y el Estado belga*. Artículos 92 y 93 del Tratado CEE. Cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los artículos 92 y 93 del Tratado. *Ayudas de Estado*. Ampliación del ámbito de actividad de una entidad pública que disfruta de ventajas otorgadas por el Estado. Apartado 3 del artículo 93 del Tratado. Concesión o modificación de una ayuda sometida a la obligación de notificación previa y a la prohibición de ejecución (no).

80. STJCE de 14 de septiembre de 1994, Ass. acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92, *Reino de España contra la Comisión de las Comunidades Europeas*. *Ayudas de Estado a empresas públicas del sector textil y del sector del calzado*. Aportaciones de capital. Compatibilidad con el mercado común. Artículos 92 y 93 del Tratado CEE. Decisión de la Comi-



**sión: irregularidad de procedimiento (ayudas) e incompatibilidad con el mercado común (aportaciones de capital). Solicitud de anulación de los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Decisión 92/317/CEE de la Comisión, de 25 de marzo de 1992; de los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Decisión 92/318/CEE de la Comisión, de 25 de marzo de 1992, y de los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Decisión 92/321/CEE de la Comisión, de 25 de marzo de 1992. Estimación del recurso respecto a los artículos 2 (párrafo 2.º), 3, 4 y 5 de la Decisión 92/317/CEE de la Comisión. Desestimación de los recursos en los asuntos C-279/92 y C-280/92.**

**81. STJCE de 14 de septiembre de 1994, As. C-42/93, *Reino de España contra la Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado a una empresa pública* del sector agroalimentario. Aportaciones de capital. Compatibilidad con el mercado común. Artículos 92 y 93 del Tratado CEE. Decisión de la Comisión: irregularidad de procedimiento e incompatibilidad con el mercado común. Solicitud de anulación de la Decisión 93/133/CEE de la Comisión, de 4 de noviembre de 1992. Desestimación.**

**82. STJCE de 5 de octubre de 1994, As. C-47/91, *República Italiana contra la Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado*. Artículos 92 y 93 del Tratado CEE. Iniciación del procedimiento de examen establecido en el párrafo 1.º del apartado 2 del artículo 93 del Tratado CEE. Decisión de la Comisión: suspensión de la concesión. Calificación de las ayudas: ayudas nuevas. Solicitud de anulación de la Decisión de la Comisión. Estimación parcial.**

**83. STJCE de 5 de octubre de 1994, As. C-400/92, *República Federal de Alemania contra la Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado*. Párrafo primero del apartado 2 del artículo 93 del Tratado CEE y apartado 7 del artículo 4 de la Directiva 90/684/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1990, relativa a las ayudas a la *construcción naval*. Ayudas al desarrollo. Decisión de la Comisión: ayudas al desarrollo (no) e incompatibilidad con el mercado común. Solicitud de anulación de la Decisión 92/569/CEE de la Comisión, de 31 de julio de 1992 (con carácter subsidiario: artículos 2 y 3 de la Decisión). Desestimación del recurso.**

**84. STJCE de 27 de octubre de 1994, As. T-34/92, *Fiatagri UK Limited y otros contra la Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Sistema de intercambio de información. Artículo 85 del Tratado CEE. Decisión de la Comisión: incompatibilidad. Recurso contra la Decisión 92/157/CEE de la Comisión, de 17 de febrero de 1992. Desestimación (en idéntico sentido STJCE de 27 de octubre de 1994, As. T-35/92, *John Deere Limited contra la Comisión de las Comunidades Europeas*)**

**85. Auto TPICE, As. T-88/94 R, *Société commerciale des potases et de l'azote y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Competen-**

cia. Decisión de la Comisión, de 14 de diciembre de 1993 relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento CEE n.º 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativo al control de las *operaciones de concentración entre empresas* (IV/M.308 - Kali+Salz/MdK/Treuhand). *Concentración de empresas*. Procedimiento de medidas provisionales. Suspensión del artículo 1 de la Decisión.

## POLÍTICA SOCIAL

86. STJCE de 9 de junio de 1994, As. C-394/92, *Marc Michielsen y Gebyels Transport Service NV (GTS)*. Cuestión prejudicial. Interpretación del artículo 6 y del apartado 1 del artículo 8 del Reglamento CEE n.º 3820/85 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985. Apartados 2 a 4 inclusive del artículo 15 del Reglamento CEE n.º 3821/85 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985. Regulación social de los transportes. Conceptos de *tiempo de trabajo, día de trabajo y fin del período de trabajo*.

87. STJCE de 29 de junio de 1994, As. C-60/93, *Aldewereld R.L. contra Staatssecretaris van Financiën*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Reglamento CEE n.º 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su redacción resultante del Reglamento CEE n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio, de 1983. Trabajador residente en Estado miembro que presta sus servicios como trabajador por cuenta ajena en empresa establecida en otro Estado miembro. Ejercicio de actividad exclusivamente fuera del territorio de la Comunidad. *Doble pago de las cotizaciones sociales*.

88. STJCE de 7 de julio de 1994, As. C-146/93, *Hugh McLachlan contra Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés de la région d'Ile-de-France (CNAVTS)*. Libre circulación de personas. Art. 3 apartado 1 y art. 49 del Reglamento CEE n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, en su versión modificada y puesta al día por el Reglamento CEE n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983. Libre circulación de trabajadores. Seguridad Social. Pensiones de jubilación. *Cómputo de los períodos de seguro* cubiertos en otro Estado miembro.

89. STJCE de 14 de julio de 1994, As. C-32/93, *Carole Louis Webb contra EMO Air Cargo (UK) Ltd*. Política Social. Art. 2 apartado primero en relación con el art. 5 apartado primero de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de *igualdad de trato entre hombres y mujeres* en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. *Sustitución de una trabajadora en permiso de maternidad*. Sustituta encinta. *Despido*. Oposición de la situación a la normativa comunitaria.

90. STJCE de 9 de agosto de 1994, As. C-406/93, *André Reichling contra Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI)*. Cuestión prejudicial. Interpretación de la última frase de la letra a) del apartado 2 del artículo 46 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, en su versión modificada por el Reglamento (CEE) n.º 2001/83, de 2 de junio de 1983. Interpretación a la luz del artículo 51 del Tratado CEE. Aplicación de los regímenes de *Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena*, a los trabajadores por cuenta propia y sus familias. Legislación nacional de un Estado miembro: importe de la prestación de invalidez dependiente de la retribución que percibe el trabajador. Trabajador no sometido a la Seguridad Social de dicho Estado por trabajar en otro Estado miembro. Cuantía teórica de la prestación calculada con base a la última retribución percibida en este último Estado.

91. STJCE de 28 de septiembre de 1994, As. C-408/92, *Constance Christina Smith y otros contra Avdel Systems Ltd.* Cuestión prejudicial. Interpretación del artículo 119 del Tratado CEE, en relación a los distintos modos de uniformar la edad de jubilación de los trabajadores y trabajadoras en los *Planes de Pensiones de Empresas*. Edades de jubilación distintas según el sexo. Igualación.

92. STJCE de 22 de septiembre de 1994, As. C-301/93, *Lio Bettaccini contra Fonds national de retraite des ouvriers mineurs (FNROM)*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Interpretación de los artículos 46 y 51 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983. *Seguridad Social de los trabajadores migrantes*. Aumento de pensión de invalidez. Legislación nacional: subsidio para la unidad familiar. Aplicación de las normas nacionales que prohíben la acumulación. Nuevo cálculo de prestaciones de la pensión de invalidez (no).

#### MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

93. STJCE de 28 de junio de 1994, As. C-187/93, *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea*. Medio Ambiente y consumidores. Reglamento CEE n.º 259/93 del Consejo para la *regulación de residuos* dentro de la Comunidad y el comercio exterior de los residuos entre la Comunidad y los países terceros. Adecuación a los artículos 100 A y 133 del Tratado. Desestimación del recurso.

94. STJCE de 14 de julio de 1994, As. C-91/92, *Paola Faccini Dori contra Recreb Srl*. Medio ambiente y consumidores. Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los *consumidores* en el caso de *contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales*. Invocabilidad en litigios entre particulares. Los consumidores no pueden fundamentar en la Directiva en sí misma un

derecho de renuncia frente a los comerciantes con los que han celebrado un contrato. Obligación del órgano jurisdiccional nacional que conoce de interpretar las disposiciones del Derecho nacional a la luz de la Directiva.

95. STJCE de 9 de agosto de 1994, As. C-359/92, *República Federal de Alemania contra el Consejo de la Unión Europea*. Medio ambiente y consumidores. Artículo 100 A y tercer guión del artículo 145 del Tratado CEE. Recurso de anulación del artículo 9 de la Directiva 92/59/CEE, de 29 de junio de 1993, relativa a la *seguridad general de los productos*. Recurso fundado en la falta del base jurídica y en la violación del principio de proporcionalidad. Desestimación.

96. STJCE de 9 de agosto de 1994, As. C-396/92, *Bund Naturschutz in Bayern eV y otros contra Freistaat Bayern y otros*. Medio ambiente y consumidores. Cuestión prejudicial. Apartado 1 del artículo 12 de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados *proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente*. Interpretación. Incompatibilidad con la Directiva de las normas nacionales que excepcionen la obligación de sometimiento a evaluaciones de impacto medioambiental de proyectos con expediente de aprobación iniciado después del 3 de julio de 1988.

97. STJCE de 28 de septiembre de 1994, As. C-144/93, *Pfanni Werke Otto Eckart KG contra Landeshauptstadt München*. Cuestión prejudicial. Interpretación del primer guión del inciso ii) de la letra c) del apartado 4 del artículo 6 de la Directiva 79/112/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de *etiquetado, presentación y publicidad* de los productos alimenticios. Productos alimenticios. Etiquetado: obligación de mencionar un aditivo en las listas de ingredientes (no).

#### COMPETENCIA JUDICIAL Y RECONOCIMIENTO DE DECISIONES

98. STJCE de 9 de junio de 1994, As. C-292/93, *Norbert Lieber contra Willi S. Göbel, Siegrid Göbel*. Cuestión prejudicial. Art. 16 párrafo primero del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Demanda de indemnización por el *uso de un bien inmueble tras la declaración de nulidad de una transmisión de propiedad*. No inclusión en las materias regidas por el párrafo primero del art. 16 del Convenio.

99. STJCE de 29 de junio de 1994, As. C-288/92, *Custom Made Commercial Ltd. contra Stawa Metallbau GmbH*. Art. 5 número 1 y art. 17 párrafo primero del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia

civil y mercantil. Demanda sobre reclamación de cantidad. *Lugar de cumplimiento de la obligación*. Aplicación del sistema conflictual del órgano que conoce del litigio. Remisión a la Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Bienes Muebles, anexo al Convenio de la Haya de 1 de julio de 1964.

100. STJCE de 15 de septiembre de 1994, As. C-318/93, *Wolfgang Brenner y otros contra Dean Witter Reynolds Inc.* Cuestión prejudicial. Interpretación de los artículos 13 y 14 del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. Competencia en materia de *contratos celebrados por consumidores*. Cocontratante no domiciliado en un Estado miembro. Sucursal, agencia u otro establecimiento del cocontratante del consumidor en Estado contratante (no). Aplicación del artículo 4 del Convenio: determinación de la competencia con base en el régimen autónomo.

#### RELACIONES EXTERIORES

101. STJCE de 9 de agosto de 1994, As. C-327/91, *República Francesa contra la Comisión de las Comunidades Europeas*. Relaciones exteriores. *Acuerdo Comisión/Estados Unidos* de 23 de septiembre de 1991 relativo a la aplicación de su respectivo Derecho de la competencia. Anulación del acto de la Comisión de las Comunidades Europeas decisorio de la conclusión del citado Acuerdo. Ausencia de competencia de la Comisión para concluir el Acuerdo.

102. STJCE de 16 de noviembre de 1994, As. T-451/93, *San Marco Impex Italiana SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Relaciones exteriores. *Fondo Europeo* de desarrollo. Contrato de obras públicas. Construcción de puentes y carreteras de acceso en Somalia. Impago de facturas. Cancelación del contrato como consecuencia del estallido de una guerra civil. Negativa de la comisión al pago de una indemnización tras la resolución del contrato. Recurso de indemnización. Responsabilidad de la Comisión Desestimación del recurso.

103. Dictamen TJCE de 15 de noviembre de 1994, Dictamen 1/94, *Acuerdo por el que se establece la Organización mundial del Comercio*. Artículo 113 del Tratado CE en relación con el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de *Propiedad Intelectual* en relación con el Comercio (ADPIC) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Facultades implícitas externas de la Comunidad Europea en relación con el ADPIC y el AGCS. Competencia exclusiva de la Comunidad para celebrar acuerdos Multilaterales sobre el comercio de mercancías. Competencia compartida de la Comunidad y sus Estados miembros para celebrar el ADPIC y el AGCS. Procedimiento del apartado 6 del art. 228 Tratado CE.

## PROCEDIMIENTO INSTITUCIONAL

104. STJCE de 8 de junio de 1994, As. C-382/93, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. Política Social. Art. 5 Tratado CEE. Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los *derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas*, centros de actividad o de partes de centros de actividad. *No adaptación del Derecho interno* a la Directiva. Incumplimiento.

105. STJCE de 8 de junio de 1994, As. C-383/92, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. Política Social. Art. 5 Tratado CEE. Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los *despidos colectivos*. *No adaptación del Derecho interno* a la Directiva. Incumplimiento.

106. STJCE de 14 de julio de 1994, As. C-52/93, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos*. Arts. 8 y 9 de la Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, al haber adoptado, el 9 de octubre de 1990, la modificación XIII del Reglamento PVS sobre especificaciones de *calidad de los bulbos de flores* (lirios y azucenas), sin haberla notificado a la Comisión en fase de proyecto. *Obligación de notificación previa*. Incumplimiento del Estado.

107. STJCE de 5 de octubre de 1994, As. C-255/93, *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa*. Medio ambiente. Consumidores. Directiva 85/339/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a los *envases para alimentos líquidos*, y Tratado CEE. No comunicación de las medidas adoptadas. Incumplimiento.

108. STJCE de 5 de octubre de 1994, As. C-381/93, *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa*. Transportes marítimos. Libre prestación de servicios. Reglamento (CEE) n.º 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de *libre prestación de servicios al transporte marítimo* entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros. Recurso por incumplimiento. Tasas de embarque y desembarque. Cuantía del pasaje. Desigualdad. Incumplimiento.



# BIBLIOGRAFÍA

## Libros

AAVV, «Estudios sobre el Derecho de Consumo», 2.<sup>a</sup> ed., IBERDROLA, S.A., Bilbao, 1994, págs. 425.

1.— El presente libro, al igual que su primera edición de 1991, sale al mercado con motivo de la celebración del Día mundial de los Derechos del Consumidor. Con ellos, IBERDROLA, editora de los mismos, pone de manifiesto su inestimable labor de colaboración y fomento del estudio y análisis del Derecho del consumo.

La obra contiene ocho trabajos elaborados todos ellos por Catedráticos de distintas ramas del Derecho, tanto público como privado; internacional, público, administrativo, constitucional, penal, civil y mercantil; algunos de los cuales, que ya participaron en la primera edición, han presentado una actualización de los mismos. Con ello, como acertadamente señala MARTIN RETORTILLO, se pone de manifiesto que la construcción y análisis del Derecho del consumo, al igual que muchas otras cuestiones jurídicas, constituye «un empeño pluridisciplinar» (p. 108).

2.— El primero de los trabajos, que lleva por título «La protección de los consumidores en la Comunidad Europea: de los Tratados Fundacionales al de la Unión Europea (Maastricht)», ha sido elaborado por José Antonio Corriente Córdoba, Catedrático de Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales y Derecho Comunitario Europeo de la Universidad Pública de Navarra (pp. 8 a 35).

La protección de los derechos de los consumidores a través de la promulgación de normas jurídicas, no sólo de Derecho privado sino también de Derecho público, se ha puesto de manifiesto tanto a nivel estatal como internacional. Ambito este último que analiza el Profesor Corriente circunscribiéndose, por indudables razones de limitación de extensión, al comunitario.

El estudio se divide en dos partes claramente diferenciadas. En primer lugar se realiza una breve pero ilustrativa exposición de la evolución de la política comunitaria en la materia. Desde los Tratados fundacionales (carentes de un planteamiento sistemático de la protección de los consumidores) hasta el Tratado de la Unión Europea pasando por la Cumbre de París de 1972, cuyo resultado fue la solicitud a las Instituciones comunitarias de la preparación de



un programa dirigido «a fortalecer y coordinar las medidas de protección del consumidor»; los distintos Programas comunitarios; el Acta Unica Europa, que contempló la política de protección de los consumidores dentro de los objetivos o contenido del mercado interior; o el Plan trienal (1990-1992). Por último, culmina esta evolución el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, que implica —como señala el autor— «la incorporación de la política de protección de los consumidores a los textos convencionales».

En segundo lugar, se describen las actuales líneas de protección de los consumidores y, dentro de ellas, los trabajos y medidas que se han realizado y que actualmente se están llevando a cabo en los distintos ámbitos: 1) seguridad física y salud del consumidor, dentro de la cual cabe destacar la Directiva sobre la responsabilidad del prestador de servicios; 2) seguridad económica y jurídica, en la que hay que señalar las medidas adoptadas en materia de publicidad, modalidades de venta; ventas a domicilio (Directiva 85/577), ventas a distancia (medidas contempladas ya por el Plan trienal), protección del consumidor de crédito (Directiva 87/102); 3) elaboración y celebración de contratos (Propuesta de Directiva sobre cláusulas abusivas, incluida también en el plan trienal); 4) protección judicial y administrativa; 5) información y educación y 6) representación y organización.

3.— El segundo estudio doctrinal, «Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores» (pp. 38 a 56), ha sido realizado por José Luis Cascajo Castro, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca. El Profesor Cascajo analiza el contenido y las implicaciones del art. 51 de la Constitución en la construcción e interpretación del Ordenamiento jurídico en materia de protección de los derechos de los consumidores, norma excepcional en Derecho constitucional comparado (salvo el art. 110 del texto Portugués).

Al efecto, se exponen de forma clara y sintética las distintas posturas doctrinales y del Tribunal Constitucional sobre la interpretación del citado precepto, considerando el autor que es «un principio que condiciona y limita las exigencias políticas y legislativas que se desprenden del modelo constitucional de economía de mercado». Principio que, a diferencia de otros preceptos constitucionales que contienen derechos sociales, ha desplegado su eficacia en todas las direcciones del ordenamiento jurídico, para lo cual ha sido decisiva la actividad desarrollada por el Tribunal Constitucional. Ejemplo de la citada eficacia, se ha manifestado —como expone el Profesor Cascajo—, en la necesidad de armonización del Derecho de la energía con la protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

4.— En tercer lugar, es Ricardo de Angel Yagüez, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Deusto, el autor del trabajo bajo el título «La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos» (pp. 58 a 104), cuyos primeros cuatro epígrafes fueron ya objeto de desarrollo en la primera edición de este libro. El Profesor de Angel expone en ellos, con su habitual brillantez y profundidad, la especial posición del consumidor en el contrato y los problemas que plantea: la ausencia de libertad de contratación; la constatación de que la gran mayoría de los contratos celebrados con los consumidores son contratos de adhesión; la proliferación de reclamaciones formuladas por los consumidores en EEUU (*liti-gation disease*), ausente todavía en nuestro país y las consecuencias que ha producido, no sólo beneficiosas sino también perjudiciales para el conjunto del sistema económico y, por tanto, para los propios consumidores, al encare-

cerse los costes de las primas de los seguros de responsabilidad civil o aumentarse las dotaciones de provisiones para riesgos; los distintos controles administrativo, legislativo y judicial de las condiciones generales del contrato (prestando en este último especial atención a la figura del defensor del cliente y a las llamadas *class-actions* y sus posibilidades de aplicación en España); responsabilidad del empresario en la LGDCU (arts. 25 a 28).

Constituye novedad de la presente edición la exposición que efectúa el Profesor de Angel, en el último epígrafe, del conjunto del articulado del Proyecto de Ley español sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, consecuencia de la necesaria adaptación a la Directiva CEE de 25 de julio de 1985.

5.— Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, es autor del cuarto trabajo «Una panorámica de los consumidores desde el Derecho administrativo» (pp. 108 a 137).

El Profesor Martín-Retortillo partiendo de la base de que es el propio art. 51 de la Constitución el que contiene las directrices «para un amplio programa de desarrollo de las funciones de las Administraciones públicas», efectúa una exposición sintética y clara de las atribuciones y compromisos que deben asumir éstas, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios, al ser ésta una materia «ampliamente regionalizada».

Asimismo analiza los problemas de competencias que se plantean entre el Estado y las CCAA, dada la coexistencia de la LGDCU, de carácter general, con los distintos Estatutos para la defensa de los consumidores promulgados por algunas de esta últimas. Problema que el autor divide en dos etapas, antes de los pactos Autonómicos firmados el 28 de febrero de 1992 y después de los mismos, que han conllevado la decisión de ampliar las competencias de las CCAA denominadas de vía lenta, proceso actualmente en desarrollo. Este aumento de competencias puede conducir, si así lo estiman las CCAA en cuestión, a que éstas elaboren sus propios Estatutos de consumidores y usuarios siempre y, por supuesto, que no interfieran en otras materias reservadas a los poderes centrales, como ha venido reiterando el Tribunal Constitucional. Por ello, afirma el autor que la LGDCU tiene carácter supletorio en aquellas CCAA que tengan aprobados sus Estatutos de defensa de los consumidores —con los inconvenientes que una proliferación de legislación sectorial origina—, salvo en aquellos aspectos que correspondan a la competencia estatal en los que la citada ley será directamente aplicable.

6.— En el ámbito del Derecho penal es Angel Torío López, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid quien realiza una «Reflexión sobre la protección penal de los consumidores» (pp. 140-168). El presente estudio, que en su día estuvo incluido en la primera edición del libro, destaca por su valioso tratamiento del bien jurídico protegido: los intereses de los consumidores, calificados por el autor de intereses difusos, sectoriales y, por tanto no interés social general; intereses que son contemplados por el art. 7.3 LOPJ (tesis contraria a la sostenida en páginas anteriores por el Profesor de Angel). En consecuencia, afirma el Profesor Torío que es ésta una materia más propia de infracciones administrativas, campo que necesita de una profunda reforma, que de injusto criminal (delito) que ataca o lesiona intereses firmemente delimitados.

La presente edición presenta como novedad el análisis de los delitos contra el orden socio-económico del Proyecto de Código Penal de 1992 y, dentro

de ellos, aquellos que pueden ser configurados propiamente como delitos contra los consumidores (arts. 286 y 287).

7.— El siguiente estudio «El arbitraje de Consumo (RD 636/1993)» (pp. 170 a 223), ha sido elaborado por Silvia Dfáz Alabart, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid. Este trabajo, como claramente indica su título, contiene un detallado análisis del texto del Real Decreto que regula el sistema arbitral de consumo, de 3 de mayo de 1993, siguiendo el articulado del mismo; normas reguladoras del arbitraje de consumo; objeto del arbitraje de consumo y exclusiones al mismo; sujetos intervinientes; órganos del sistema arbitral (Juntas y Colegios arbitrales), con una exposición de su composición, funciones y ámbito de aplicación; convenio arbitral; procedimiento y laudo.

También afronta la autora el estudio de una cuestión de indudable interés no sólo teórico sino práctico, esto es, la posible validez de la inclusión en los contratos de adhesión con consumidores de una cláusula de sumisión a arbitraje, tema que silencia el R.D. Y al respecto se manifiesta partidaria de la misma a la luz de la legislación vigente (Ley de Arbitraje, LGDCU, Directiva sobre condiciones abusivas en contratos celebrados con consumidores y Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de 1991).

8.— Luis Ignacio Ortega Miguel, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, es el autor del estudio «El papel de las asociaciones de consumidores y usuarios» (pp. 226 a 240). En él se realiza una breve exposición, dentro de la Constitución y de la Teoría del Estado, de las posibilidades y ventajas que presenta el alcanzar los resultados perseguidos por los fines públicos no sólo por los poderes públicos, sino también mediante la colaboración de organizaciones privadas, como en materia de consumo las asociaciones de los consumidores y usuarios.

En concreto, y entrando ya en el estudio de éstas, el Profesor Ortega analiza cuál es el ámbito de actuación previsto en la LGDCU, sus distintas funciones y estatuto jurídico: requisitos, beneficios y caracteres fundamentales (Organización y funcionamiento democráticos, beneficio de justicia gratuita e iniciativa administrativa en la defensa de los intereses generales de los consumidores).

9.— En último lugar es José Miguel Embid Irujo, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Jaume I de Castellón, quien en su trabajo «El consumidor ante el derecho de seguros» (pp. 242 a 271) afronta el estudio, de forma clara y concisa aunque no por ello menos profunda, del interesante tema de la protección del asegurado, parte débil en el contrato, en el Derecho de seguros y en el Derecho de los consumidores.

Son tres las cuestiones objeto de análisis. En primer lugar, se efectúa una delimitación del sujeto objeto de protección, esto es, si el asegurado es en todo caso consumidor (en el sentido de la LGDCU) o no. Y afirma el autor que sólo puede considerarse así en el supuesto en que el asegurado sea «destinatario final del servicio que representa el seguro». Dentro de esta cuestión también se examina la posibilidad de extensión de la tutela contractual del asegurado a otras situaciones personales existentes en el seguro (tomador, beneficiario, terceros interesados), así como la exclusión de la aplicación imperativa de la Ley del Contrato de Seguro (LCS) a ciertos supuestos de seguro: marítimo, aéreo y reaseguro.

En segundo lugar, se analiza la legislación aplicable, LCS y LGDCU, y los problemas que plantea la concurrencia de normas (ya que ambas son de carácter ordinario) en los asegurados-consumidores, siendo partidario el autor de la aplicación en todo caso al problema concreto de la norma más beneficiosa para el asegurado-consumidor.

Y, en tercer lugar, el Profesor Embid expone el sistema de protección contractual del asegurado, en concreto los controles legislativo (arts. 2 y 3 LCS y LGDCU), administrativo (Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984 y su Reglamento) y judicial (extensión de la nulidad establecida por el art. 3 LCS), existentes en la contratación mediante condiciones generales, forma típica de contratación en el seguro.

10.— El libro, concluye con un apéndice de la legislación en materia de consumo promulgada por los distintos órganos con competencia en la misma, tanto estatales como comunitarios (pp. 274 a 425). Dicho apéndice aunque, como se expresa en la presentación, no es completo dada la variedad de sectores que generan legislación de consumo, debería calificarse de auténtica segunda parte del presente volumen, claramente diferenciada de una primera de carácter doctrinal, ya que si bien no es exhaustivo, sí que se destaca su considerable extensión (más de un tercio del libro).

M.<sup>a</sup> VICTORIA PETIT LAVALL

Doctora en Derecho  
Profesora de Derecho Mercantil  
Universidad Jaume I, Castellón

**ANDRÉ Y H.-J. Lucas: «Traité de la Propriété Littéraire et artistique».**  
Editorial Litec, 1994.

El *Traité de la Propriété Littéraire et artistique*, de André y H.-J. Lucas, es el resultado del ambicioso proyecto de tratar en profundidad y de una forma global el fenómeno de la propiedad literaria y artística en nuestros días.

La obra, que consta de 1014 páginas (lo que de por sí habla del exhaustivo tratamiento de la materia), va precedida de una parte introductoria, dirigida a esclarecer el sentido y evolución de la propiedad literaria y artística. Aquí se cuestiona la naturaleza y el fundamento del derecho de autor y de los derechos vecinos, y se trazan las perspectivas de una disciplina que, en opinión de los autores, se encuentra actualmente en una encrucijada. Por una parte, el derecho moral está amenazado indirectamente por la extensión del campo de aplicación del derecho de autor, y más directamente por la irrupción del consumismo que contribuye a desacralizar la obra. Por otro lado, el carácter exclusivo del derecho se pone igualmente en entredicho, por la afirmación de un derecho a la información o a la cultura, así como por ciertas reivindicaciones de consumidores de productos culturales. Finalmente, los autores apuntan los cambios que afectan a la estructura misma de los derechos patrimoniales. En este sentido, señalan que el derecho francés de la propiedad literaria y artística se orienta hacia una segmentación de las prerrogativas patrimoniales. El

progreso técnico hace que los conceptos de reproducción y representación tiendan a recortarse y a perder nitidez.

El Tratado se encuentra dividido en dos partes. La primera va dedicada al análisis de la propiedad literaria y artística en el orden interno. La segunda hace lo propio en el orden internacional.

Dentro de la primera parte, el estudio se reparte en dos libros. El primero, que lleva por título *Derecho de autor*, estudia las obras protegidas, los titulares de los derechos, su contenido, la duración, la transmisión sucesoria, la explotación, y el procedimiento y sanciones. En el segundo, se viene a analizar, bajo el epígrafe *Derechos vecinos del derecho de autor*, quiénes son los beneficiarios de estos derechos, el contenido de los mismos, su duración y transmisión sucesoria, la explotación, y finalmente los procedimientos y sanciones previstos.

En el estudio de las prerrogativas de orden patrimonial y moral que componen el derecho de autor, los autores ponen en evidencia la íntima conexión existente entre ellas, en particular, la que tiene lugar con el derecho de divulgación; lo que entienden que justificadamente haga dudar a veces a la doctrina del interés de esta prerrogativa autónoma. Ahora bien, los autores dejan claro que tal relación no condiciona el nacimiento de los derechos patrimoniales. A su parecer, el hecho material de la comunicación al público es de orden diferente al acto jurídico que regula los derechos patrimoniales. Para los autores, la divulgación puede tanto preceder como seguir la conclusión de los contratos de explotación de la obra. Incluso puede tener lugar fuera de toda explotación de derechos, y de toda alienación del soporte. Lo esencial es que la obra sea llevada al conocimiento del público.

Por lo que respecta al tratamiento de los derechos patrimoniales, concretamente a los contratos de explotación de los derechos de autor, A. y H.-J. LUCAS defienden la inadecuación de la distinción entre cesión y licencia.

Los autores llegan a objetar el carácter universal de esta distinción, que arranca del derecho de patentes, al mostrarse en desacuerdo con que la misma encubra una oposición entre derecho real y personal. A juicio de estos autores, la línea de partida parece pasar menos entre la cesión de un derecho real y la concesión de un derecho personal, que en el carácter exclusivo o no del derecho transmitido. La particularidad de la propiedad literaria y artística les conduce aún con más motivos a rechazar la idea de una diferencia de naturaleza entre la cesión y la licencia, ya que en esta materia la cesión no puede tener el mismo carácter definitivo e impersonal que en derecho de patentes. Una de las razones es la influencia del derecho moral, que permite al autor-cedente conservar un derecho de control sobre la explotación de su obra. A ello se añadiría la regla de la interpretación restrictiva de las cesiones. Por ello, estos autores justifican que el legislador no haya querido llevar en materia de propiedad literaria y artística la distinción entre cesión y licencia, distinción que parece traducir más una diferencia de grado que de naturaleza, evocando el término cesión la idea de un mayor poder del cesionario.

Dentro del Título dedicado a la explotación de los derechos de autor es de destacar la atención que se presta a los principios generales que rigen en materia fiscal, y ello por la falta de tratamiento de esta cuestión en las obras de alcance general en materia de propiedad intelectual. El análisis se plantea desde un triple punto de vista, según que el impuesto recaiga sobre la cifra de negocios, los resultados de la explotación, o el capital que representa el monopolio mismo.

En el Libro segundo, dedicado a los derechos vecinos, los autores, que no descartan la posibilidad de un giro en la jurisprudencia conducente a la protección de las interpretaciones por el derecho de autor, creen, no obstante, que no es previsible que los tribunales concedan el beneficio del derecho de autor a los intérpretes.

Bajo el título *Propiedad artística en el orden internacional* se estudian, en la segunda parte de la obra, las reglas de derecho internacional privado aplicables a los derechos de autor y a los derechos vecinos, tanto desde el punto de vista del derecho interno, como desde la óptica del derecho convencional, lo que lleva a los autores a un tratamiento en profundidad de la Convención de Berna, la Convención de Roma y la Convención de Ginebra.

Finalmente, en el Libro segundo de la parte dedicada al tratamiento de la propiedad literaria y artística en el orden internacional, con el que se pone término a tan extensa obra, se analiza la importancia del derecho comunitario en la materia. En este punto, y dejando al margen la adaptación de las legislaciones de los países comunitarios a las Directivas hasta la fecha aprobadas, los autores dirigen sus esfuerzos a determinar cómo se ha de conciliar el monopolio con los objetivos básicos del Tratado de Roma: libre circulación de las mercancías, libre prestación de servicios y libre competencia, dedicando un Título específico a cada uno de ellos.

M.<sup>a</sup> DEL PILAR CÁMARA AGUILA

**BASSOLS COMA, Martín:** «Las Obras públicas y el Urbanismo. Los actos de uso del suelo y la ejecución de obras promovidas por la Administración del Estado». Ed. Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica. Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente. Col. Serie Monografías. Madrid, 1994, págs. 154.

El origen del libro es un estudio encomendado al autor por el Instituto del Territorio y Urbanismo del MOPTMA, y en él se analiza la cuestión con gran amplitud: antecedentes históricos, legislación autonómica, leyes sectoriales y una aproximación al derecho comparado sobre la materia. En realidad, desde un principio hay que congratularse por la existencia de este texto, pues se echaba ya en falta un estudio en profundidad sobre un problema —(La articulación del control sobre la actividad urbanística promovida por la Administración estatal: si este control ha de ejercerse en todo caso, si ha de revestir únicamente la forma de una intervención municipal, si ha de verificarse por medio de la correspondiente licencia o si es justificado el uso de un procedimiento excepcional)— que ha preocupado a Administraciones, Tribunales, y a estudiosos del Urbanismo.

### *El concepto de Obra Pública*

Bassols Coma aborda desde el inicio este tema reconduciendo el presupuesto del problema —el supuesto de hecho previsto en la norma, antiguo

art. 180 y actualmente art. 244 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992—: «actos de uso del suelo y ejecución de las obras promovidas por la Administración del Estado» al concepto de Obra Pública.

La Obra Pública estatal se convierte así en el principal objeto de investigación del autor. En virtud de esta delimitación se excluyen los actos de uso del suelo procedentes de otras Administraciones o de los particulares.

Y, lo que nos parece más importante, con ella se acota un tipo de actividad; pues entendemos que al ceñirse al concepto de Obra Pública, se distingue de otras actividades con incidencia territorial que puede realizar la Administración estatal a las que no se les aplicará el procedimiento especial previsto en el art. 244 sino que quedan sometidas a la licencia municipal. Hasta ahora nos consta que el criterio utilizado por los Tribunales o por la doctrina para diferenciar esta concreta actividad de la Administración estatal, conceptualizada como Obra Pública de otros actos de uso del suelo, había sido en ocasiones la finalidad pública, lo que resultaba deficiente puesto que también en la actuación administrativa regida por el Derecho Privado, análoga a la que desarrollan los particulares, está presente dicha finalidad, y sin embargo, no es equiparable a la actividad del Estado que trae como consecuencia un tratamiento individualizado en su confrontación con otros intereses públicos como los locales o autonómicos.

En esta tarea analiza la estructura del urbanismo español al que considera caracterizado por un fuerte protagonismo municipal en lo concerniente al planeamiento, por medio del cual se adoptan las decisiones desencadenantes de un determinado modelo territorial y descubre la presencia de la Administración estatal en fases posteriores de la actividad urbanística. El Estado interviene como urbanizador, impulsor de la política de vivienda, proveedor de equipamiento y como gestor de las grandes infraestructuras que influyen decisivamente en la configuración y desarrollo urbano, económico y social del territorio, a través de la ejecución y legislación sectorial, lo que sin ser en sí mismo negativo, contribuye a crear un sistema rígido y disfuncional en el que prevalece ante todo una ausencia de coordinación entre los intereses públicos.

Por todo ello, el autor se preocupa en describir los antecedentes históricos en la resolución de conflictos entre la legislación, de ordinario sectorial, reguladora de las Obras Públicas y los intereses urbanísticos, y se refiere también a las soluciones que, con carácter general aportó en su tiempo la legislación de régimen local y el art. 167 de la Ley del Suelo de 1956 de los que deduce la no sujeción a licencia urbanística de los actos de uso del suelo del Estado o de los Entes Públicos.

Finalmente el sistema español culmina con la consolidación del mecanismo previsto en el art. 180 de la Ley del Suelo de 1976 por medio del que se instituye un procedimiento excepcional para la resolución de conflictos interadministrativos que se originan con ocasión de la ejecución de las obras del Estado, en el que, descrito a grandes líneas, tras consultar a la Corporación Local sobre las previsiones contenidas a tal efecto en el planeamiento urbanístico, es el Consejo de Ministros quien decide la procedencia de la Obra, aunque esto implique una revisión de planeamiento.

Consciente de la imposibilidad de reducir la operatividad del mencionado precepto a su tenor literal y a su desarrollo reglamentario, a causa, sobre todo, de la preconstitucionalidad de esta normativa, lo encuadra dentro del nuevo contexto constitucional. De su exposición cabe extraer como relevante:

- \* El impacto significativo que comporta el reconocimiento de la autonomía local.
- \* El desapoderamiento estatal en materia de ordenación del territorio y urbanismo (art. 148.1.3 de la Constitución) que, sin embargo, no priva a la actuación del Estado de incidencia territorial, por cuanto se le reconoce la competencia exclusiva en las obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma. Sin embargo, este título competencial es en sí un mero instrumento, dejando a salvo el criterio territorial, de otras competencias sectoriales consignadas en la Constitución.
- \* Por su parte las Comunidades Autónomas, en uso de sus competencias legislativas sobre la materia, han aprobado por un lado, leyes sobre Disciplina urbanística en las que la Administración Estatal se ve necesitada de acudir a la solicitud de licencia o al procedimiento excepcional del art. 180 en más ocasiones que antes, y por otro, leyes sobre Ordenación del Territorio, de las que Bassols nos da buena cuenta, en las que el modelo imperante en la resolución de los conflictos interterritoriales ha sido fundamentalmente el esquema propiciado por el art. 180 de la Ley del Suelo.

Lo que configura y distingue a la Obra Pública no es tampoco, a juicio de Bassols, su ejecución material, ya que el establecimiento de infraestructuras y la propia transformación física de la naturaleza, pueden ser asimismo promovidas por particulares: sino su financiación por un sujeto público, y su afectación a los intereses generales, y cómo no, su intrínseca relación con el dominio público al que sirve de instrumento.

Por otro lado, se pone de relieve que los aspectos físico-urbanísticos no son determinantes en la Obra Pública, sino que lo más relevante es su inserción y localización en el conjunto de la ordenación urbanística prevista. Ya que en caso de que sea incompatible con el planeamiento existente puede desembocar en una revisión del mismo.

Aparte de los rasgos de este concepto, el autor nos descubre la trayectoria de la Obra Pública, su evolución hasta su actual configuración. Desde su perfil como instrumento del poder político que la ha conducido a seguir las vicisitudes de la intervención económica de los poderes públicos (nuestra historia del siglo XIX parece ser un progresivo otorgamiento de protagonismo a la Administración para la realización de grandes obras de interés general, con el triunfo de la idea de Fomento), pasando por la regulación jurídica que disciplina su ejecución (extrac para ello las conclusiones pertinentes del Código Civil, que dota a la Obra Pública de ciertos rasgos inmobiliarios y la vincula al Dominio Público, y de la legislación decimonónica, de la que se deriva una constante ampliación de lo que se entiende por Obra Pública) hasta que finalmente el término acaba por perder relevancia jurídica debido al tratamiento que le da la legislación de Contratos del Estado, que lo convierte en una simple remisión al giro y tráfico de la Administración pública. Será, en última instancia, la legislación sectorial la que califique la naturaleza de la obra y la titularidad estatal o autonómica de la misma.

El último paso en esta evolución se contempla en los epígrafes dedicados a la coordinación de la Obra Pública con la legislación territorial y sobre todo,



con la legislación sobre medio ambiente, y en concreto, su conexión con las Evaluaciones de Impacto Ambiental. Lo que con esto último se pone de manifiesto es el cambio de sensibilidad en la concepción de las obras del Estado, desde un momento en el que estaba ausente la preocupación por la incidencia espacial de la obra, hasta la toma de conciencia de la importancia de valorar los intereses territoriales y ambientales que su inserción comporta.

### *El Marco de Referencia*

A partir del capítulo tercero la investigación del profesor Bassols Coma se encamina a estudiar el marco de referencia en el cual se integran las Obras Públicas:

Dedica así unas páginas a la regulación de las Obras estatales en los ordenamientos jurídicos francés, italiano y alemán, contribuyendo, al menos estos dos últimos, a enriquecer con sus fórmulas el panorama; mientras que el derecho francés, en el que todavía perviven los restos institucionales de un modelo urbanístico centralizado, resulta para nosotros obviamente de menor interés.

Así, después de la Constitución, existía una continuidad en el planteamiento del problema. Sin embargo, el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, al introducir algunas modificaciones en el procedimiento del art. 180, dando lugar a un nuevo precepto, el art. 244, ha mantenido lamentablemente un esquema similar. (Lo que tampoco podría haber sido de otro modo, toda vez que no cabía se excediese en su función de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales y que la Ley de Reforma 8/90 no se ocupó de esta cuestión).

Bassols afronta una explicación de las innovaciones materiales y competenciales que la nueva regulación aporta. Las más importantes son, sin duda, las que recogiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (cuyo análisis se habría podido realizar por criterios sistemáticos en este momento de la exposición, pero el autor lo ha preferido dejar para capítulos posteriores, donde se expone junto al examen de la jurisprudencia vertida con ocasión de la aplicación del art. 180) han permitido: en primer lugar, la utilización del tradicional procedimiento excepcional que resuelve de modo unilateral el choque entre intereses municipales y supramunicipales tanto por las Comunidades Autónomas como por el Estado, cuando éste actúe en ejercicio de sus competencias exclusivas. Y en segundo lugar, en este último supuesto se exige como elemento de cooperación un informe preceptivo de la Comunidad Autónoma.

En cuanto a los demás puntos concretos, sobre los que se incide al hilo de la interpretación del nuevo precepto, se vierten afirmaciones coincidentes con los autores que recientemente se han ocupado del tema:

- \* El art. 244 introduce en su apartado 1.º una coletilla, según la cual, los actos de uso del suelo promovidos por órganos de las Administraciones públicas o Entidades de Derecho Público están sujetos a licencia municipal. «*si así se requiere por la legislación aplicable*». Sorprendentemente, esta frase la interpreta el profesor Bassols como excepción, de manera

que la exigencia de licencia proceda siempre salvo que una ley expresamente declare su exención. Pues bien, nos parece evidente que esta explicación es congruente con la perspectiva histórica del precepto, con una interpretación jurisprudencial (que distinguía entre obras de ordenación del territorio y actos de urbanismo para, en la mayoría de los casos, eximir a las primeras de la obligación de solicitar licencia) pero para nada se corresponde con la dicción literal de la norma, la cual supone claramente un reenvío a la legislación sectorial.

- \* En cuanto a la naturaleza del procedimiento específico del art. 244, en relación con la vía de la licencia, a pesar de que en otras partes del Texto Refundido, se le concibe con cierta autonomía, Bassols, postula su empleo alternativo, esto es, tal y como está regulado funcionaría en los casos en los que es exigible la licencia y además concurren «razones de urgencia y excepcional interés público».
- \* Realiza un análisis específico del razonable condicionamiento impuesto a la competencia municipal de proceder a la suspensión de la ejecución de la obra estatal antes de la decisión en favor de la misma adoptada por el Consejo de Ministros.
- \* Recoge como incertidumbre la conexión de este precepto con el art. 16.3 regla 2.<sup>a</sup> del Texto Refundido de la Ley del Suelo sobre determinadas autorizaciones en suelo no urbanizable. Según Bassols Coma, cabría plantearse que se susciten problemas en este ámbito con las Corporaciones Locales que originen el uso del procedimiento previsto en el art. 244, en el sentido de que éstas expresen su disconformidad a una obra estatal en el momento de otorgar la licencia e incluso después de haberse obtenido la pertinente autorización autonómica.

El mismo autor califica de desproporcionada esta solución. A nuestro juicio la hipótesis planteada es más aparente que real, dada la reducida función que, en la práctica y conforme a las consideraciones del Tribunal Supremo, viene desempeñando la licencia municipal en estos supuestos.

Finalmente, y después de una detallada exposición de la jurisprudencia que se ha elaborado sobre la aplicación del art. 180, de la que, como aprecia el autor, no pueden derivarse unas líneas interpretativas uniformes; y teniendo en cuenta que, tanto el Tribunal Supremo como determinadas leyes sectoriales han configurado un tipo de Obras del Estado que por sus características, no requieren licencia y coherentemente, tampoco es necesaria la utilización del procedimiento específico previsto en la Ley del Suelo, elabora y propone con gran precisión unos procedimientos alternativos que eviten las disfunciones y carencias de la regulación vigente.

Uno de los principales motivos que posiblemente le incentivaron para esbozar nuevas salidas a este problema, a parte evidentemente del encargo del MOPTMA, ha sido el hecho de constatar una gran disgregación y desarticulación en las soluciones propuestas en la legislación sectorial post-constitucional (carreteras, obras ferroviarias, obras marítimo-costeras, portuarias, militares e instalaciones de servicios públicos nucleares y de suministro de

combustibles gaseosos) que asimismo se ha preocupado con rigor y exhaustividad en analizar.

Por último resulta realmente interesante que también en las últimas páginas se haya abordado, aunque de modo breve, la virtualidad de la licencia, como técnica de control municipal de las obras estatales.

Con acierto se considera inadecuado este instrumento, que ha sufrido una gran transformación con la última reforma legislativa, y que al margen de ser un acto reglado que permite controlar el cumplimiento de la legalidad urbanística, de los planes y de las concretas condiciones constructivas, ha pasado a convertirse en un acto administrativo que determina la adquisición del derecho a edificar y acredita el cumplimiento de ciertos deberes urbanísticos.

El género de actividad estatal a la que se ha referido durante su estudio no lo considera Bassols, salvo en contadas ocasiones, asimilable a las obras propiamente de edificación ni a las previstas en el planeamiento municipal, por lo que el control mediante licencia no resulta ni operativo, ni por tanto exigible, lo que aboca a una utilización generalizada del insuficiente mecanismo previsto con carácter excepcional en el art. 244, en el que, como ha explicado la doctrina administrativista, la autorización del Consejo de Ministros tiene un efecto de «concentración» sustituyendo a cualquier otro título exigible.

A nuestro juicio normalmente no se usará tanto este procedimiento cuanto lo previsto, bien en la normativa autonómica aprobada al respecto, ya que el art. 244.1 tiene un carácter meramente supletorio, bien en las leyes sectoriales aplicables para cada tipo de obra en virtud de la remisión incluida en el citado precepto. Y después de comprobar que la tendencia de la dos legislaciones, la sectorial y la autonómica, a pesar de algunas innovaciones de signo positivo, es a veces reproducir el esquema arbitrado en el art. 244, o exonerar ciertas obras de la obtención de licencia, el problema de la coordinación entre los intereses públicos concurrentes sobre un mismo ámbito territorial queda sin resolver.

Tuvo oportunidad el legislador de introducir un procedimiento que tuviera en cuenta todos los intereses públicos en juego de manera no traumática o rígida y evitara la variedad de especialidades sectoriales cuando reformó la legislación urbanística en el año 90. Igualmente el Gobierno, en su tarea refundidora, eludió esta tarea. Aunque desaprovechadas aquellas ocasiones, a la vista de tan excelente y ambicioso estudio y de que muchos de los interrogantes y de las disfunciones planteados pueden ser, sin duda, corregidos, sería de esperar en este punto una nueva regulación, obra del legislador estatal, como propuesta de un Ministerio al que compete una importante responsabilidad en esta materia.

JULIA ORTEGA BERNARDO  
Enero 1995

**BELLO JANEIRO, Domingo:** «La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales». José María Bosch Editor. Barcelona, 1993, págs. 719 más apéndices.

1. La finalidad de la obra que comentamos es, como ya se deduce de su título, estudiar los medios que la ley pone, en cada situación, a disposición de

uno de los cónyuges para la defensa de los derechos que ostenta sobre los bienes gananciales, cuando sobre los mismos recaen también el interés de un tercero como consecuencia, bien de actos de administración o disposición, bien de actos de obligación, realizados por su consorte.

D. Bello Janeiro logra este propósito y consigue ofrecer al lector una visión clara del sistema establecido por el Código Civil.

El autor parte de los remedios legales establecidos en favor del cónyuge que puede verse perjudicado por dichos actos. Así, la obra aparece dividida en dos partes. La primera de ellas se dedica al estudio de la ineficacia del acto como medida a actuar por el cónyuge de cuyo consentimiento se prescinde. En la segunda parte, de mayor extensión que la primera, pues ocupa la práctica totalidad de la obra, se dan a conocer las posibilidades de defensa del cónyuge no actuante ante actos eficaces y, en principio, inimpugnables. Asimismo, la subdivisión de ambas partes en capítulos, y de éstos en secciones, y la clasificación de las diversas modalidades de actuación de los cónyuges en cada uno de aquéllos, se realiza en función de las consecuencias legales de dicha actuación.

Siendo ese, los medios legales de protección del cónyuge cuyo consentimiento se omitió, el criterio utilizado por D. Bello Janeiro para ordenar y desarrollar la materia objeto de su obra, el contenido de ésta se expone mejor, a nuestros efectos, si sentamos en primer lugar las líneas básicas del sistema descrito por aquél, que operan como presupuestos del conjunto de remedios legales establecidos a favor del cónyuge perjudicado por la actuación de su consorte, y que si bien constituyen las bases sustantivas en que el autor apoya su trabajo, sin embargo, son tratadas por el mismo al hilo de cada sanción o medio de defensa del cónyuge no actuante. Con ello, dado el propósito de este breve trabajo, se pretende evitar la reiteración en que el propio autor incurre en algún punto de su exposición, pues, establecida la acción que corresponde a un cónyuge frente a cada una de las situaciones provocadas por el otro, y aclarado el fundamento de la misma, se entiende que debe operar cada vez que concurren los presupuestos necesarios para ello, sin necesidad de justificarlo en cada momento.

Pues bien, la regla general tras la reforma de 1981 es la actuación conjunta de los cónyuges tanto en actos de disposición y administración sobre los bienes gananciales (art. 1.375 CC) como en actos de carácter puramente obligatorio (art. 1.367 CC). Por tanto, cuando uno de los cónyuges actúa unilateralmente, el cónyuge que no presta su consentimiento podrá, si se trata de un acto de disposición o administración, instar la anulación del acto ex art. 1.322 en relación con los arts. 1.377 y 1.378 CC, o, si se trata de un acto de obligación, ejercitar los derechos que le confiere el art. 1.373 CC, de manera que el cónyuge actuante responda exclusivamente con los bienes privativos y con la parte que tenga interesada en la sociedad de gananciales. No obstante, esta última medida, la aplicación del art. 1.373 CC, tendrá también lugar cuando el acto de disposición o administración aparezca embebido en un contrato, por cuyo incumplimiento o por cuya anulación el cónyuge contratante debe responder.

La protección que estas normas brindan al cónyuge cuyo consentimiento se omitió puede hacerse valer por el mismo en el ámbito de las relaciones adquirente-transmitente o acreedor-deudor. Ahora bien, aun cuando en esa esfera externa de las relaciones intraconyugales el acto sea eficaz y desencadene la responsabilidad con los bienes gananciales, por no darse los presupuestos ne-

cesarios para la operatividad de los arts. 1.322, 1.377, 1.378 y 1.373, el cónyuge que no ha consentido la actuación de su consorte puede alegar en su favor en las relaciones internas lo dispuesto en los arts. 1.362, 1.390 y 1.391 CC.

El art. 1.362 enumera los gastos que, en la esfera interna de las relaciones conyugales, deben ser soportados definitivamente por el patrimonio ganancial, de manera que, con el fin de que quede en todo caso restablecido el equilibrio entre los patrimonios privativos y el consorcial, de haber respondido frente al acreedor los bienes comunes, si el gasto realizado no se ha encaminado a atender alguna de las necesidades que el art. 1.362 declara de cargo definitivo del consorcio, la sociedad de gananciales será acreedora del cónyuge deudor, y viceversa, habiendo sido agredidos por el acreedor los bienes privativos del cónyuge deudor, si el gasto ha tenido por objeto alguna de las atenciones previstas en el art. 1.362, dicho cónyuge tendrá un derecho de reembolso contra la sociedad de gananciales.

Y en cuanto a los arts. 1.390 y 1.391, referidos exclusivamente a los actos de disposición y administración sobre bienes gananciales, y a salvo la rescisión prevista en el art. 1.390, operante en las relaciones externas, cuando el adquirente ha procedido de mala fe, estos preceptos confieren en las relaciones internas entre cónyuges un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales cuando uno de los esposos ha obtenido un lucro exclusivo, o ha ocasionado dolosamente un daño a la sociedad o ha realizado el acto en fraude de los derechos de su consorte, hechos que, si son reiterados, pueden provocar, además, la petición de disolución de la sociedad de gananciales por el cónyuge perjudicado, tal y como prevé el art. 1.393.2 CC.

2. Aplicando estos principios, y atendiendo ya a la sistemática seguida por D. Bello Janeiro, corresponde ya abordar el contenido de la primera parte y, por tanto, los actos de disposición o administración sobre bienes gananciales otorgados por uno de los cónyuges en solitario sin el consentimiento de su consorte. Estos actos serán nulos, si son a título gratuito, o anulables, si son a título oneroso, según disponen los arts. 1.377 y 1.378 CC en relación con el 1.322, sanciones a las que se dedican sendos capítulos. E instada la ineficacia del contrato por el cónyuge preterido, la indemnización que, en su caso, proceda a favor del tercero contratante se hará recaer sobre los bienes privativos del cónyuge contratante y sobre la parte que tenga interesada en la sociedad de gananciales ex art. 1.373 CC, así como sobre los bienes gananciales en la medida marcada por el art. 1.304 CC, de entenderse aplicable este precepto por analogía. Todo ello sin perjuicio de la aplicación en la esfera interna de las relaciones intraconyugales de los arts. 1.362, 1.390 y 1.391 CC.

En relación con los dos tipos de ineficacia previstos, la nulidad y la anulabilidad, a ellas ha de atenderse, según el autor, rechazando las tendencias doctrinales que consideran inadecuadas ambas sanciones, pues la realidad normativa hace inútil cualquier consideración abstracta o prejuicio dogmático con el que se trate de desplazar al Derecho vigente.

El establecimiento de la nulidad, absoluta, radical, insubsanable, apreciable de oficio y susceptible de ser demandada en cualquier tiempo por cualquiera que tenga interés, implica, dice D. Bello Janeiro, que en los actos gratuitos necesariamente habrá de existir codisposición-codonación. No siendo posible la confirmación del negocio nulo, el consentimiento de ambos cónyuges habrá de ser simultáneo y tendrá el mismo valor, de forma que ambas declaraciones de voluntad serán imprescindibles para constituir el consenti-

miento contractual de una de las partes del negocio, e implicará codisposición, pues la codisposición supone nulidad si falta una de aquellas voluntades.

La anulabilidad, por su parte, aunque un tanto atípica y extraña al sistema, es la sanción adecuada, a juicio del autor, para los actos a título oneroso. Desde la perspectiva del interés protegido, se trata de una de las llamadas anulabilidades de protección, elemento determinante para distinguirla de la nulidad. Desde el punto de vista técnico, sus condiciones de legitimación, plazo y confirmación realfirman que se trata de una verdadera anulabilidad. Además, ésta no ha de ser necesariamente vinculada a la incapacidad o a los vicios del consentimiento, sino que también puede venir originada por la falta de poder dispositivo suficiente o por la necesidad de contar con el consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial.

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de anulabilidad corresponde únicamente al cónyuge omitido y a sus herederos, en tanto no haya transcurrido el plazo que el art. 1.301 CC señala y cuyos sistemas de computación y naturaleza se analizan. Esta legitimación se entiende concedida personalmente por la ley, de manera que, aunque algunas sentencias lo admitan, los terceros perjudicados no pueden subrogarse en el ejercicio de la acción de anulabilidad, aun cuando sean de buena fe, sin perjuicio de que puedan interponer una acción revocatoria ex arts. 1.111, 1.291.3 y 1.297.2 CC cuando consideren que la confirmación del contrato realizada por el cónyuge no actuante supone un fraude a los legítimos derechos de los acreedores.

Además de la peculiaridad que significa la legitimación para impugnar el contrato de quien no es parte contratante, otras particularidades de la acción de anulabilidad confirman su atipicidad. Así, aunque la doctrina lo admita, el Tribunal Supremo rechaza la posibilidad de alegar la anulabilidad como excepción y exige, para evitar la indefensión del demandante, la reconvencción. Ahora bien, el cónyuge demandado, que es el contratante y a quien se le pide el cumplimiento del contrato, no puede reconvenir, pues él no es el legitimado para pedir la declaración de nulidad; es el cónyuge preterido quien debe impugnar el contrato mediante nueva demanda. Y aun cuando se admita la excepción, será ineficaz si en su alegación se ha superado el plazo de cuatro años del art. 1.301 CC.

Por otra parte, como no ha agotado dicho plazo, el tercero contratante se halla en una situación de incertidumbre respecto del negocio anulable, el autor presta también atención a los medios de defensa que aquél puede ejercitar ante el eventual ejercicio de la acción de anulabilidad por el cónyuge de cuyo consentimiento se prescinde. Así, el tercero contratante podrá impugnar el negocio por dolo o por error, ejercitar una acción de saneamiento por evicción, anticipar el momento desde el que comienza a correr el plazo, provocar la confirmación tácita del negocio, etc. Además, la aplicación del art. 7 CC y de la doctrina del abuso de derecho excluirá la acción del cónyuge preterido cuando las ventajas del acto hayan sido aprovechadas por el mismo o cuando se consiga probar la utilidad o la inexistencia de perjuicio del acto.

Pero respecto de los cónyuges, el cauce procedimental adecuado a los efectos de la recuperación de la cosa no será la acción reivindicatoria ni tampoco el procedimiento abreviado del art. 41 LH, sino la acción de anulabilidad del art. 1.322, tras la cual el acto deja de producir efectos, a salvo los terceros protegidos por los arts. 34 LH y 464 CC, y procede la restitución del bien enajenado al patrimonio ganancial y la devolución de lo recibido por el

cónyuge del tercero contratante, al que habrá de indemnizarse, además, cuando se haya empleado dolo o se haya producido error.

Ya dijimos anteriormente que D. Bello parte en su construcción del dato normativo. Es, pues, la nulidad la que determina que en los actos gratuitos exista codonación y codisposición; y es también la anulabilidad la sanción adecuada para los casos de falta de poder de disposición o para los supuestos en que, teniendo poder dispositivo suficiente, sea necesario contar con el consentimiento del cónyuge.

Estas afirmaciones, sin embargo, nos parecen contradictorias. En primer lugar, que exista codisposición no es una consecuencia de que haya cocontratación, de que en los actos gratuitos el consentimiento haya de ser simultáneo, sino del poder de disposición sobre los bienes. Si este sólo puede entenderse en relación con la titularidad material de los mismos, también habrá codisposición en los casos en que uno de los cónyuges no interviene en la celebración del contrato, sino que presta su consentimiento al mismo anterior o posteriormente, pero permite que un bien que le pertenece, aunque no exclusivamente, salga de su esfera jurídica. El consentimiento que el cónyuge presta al acto dispositivo que el otro pretende realizar supondrá, al recaer sobre un bien ganancial, codisposición con independencia de que el acto se haya otorgado a título oneroso o a título gratuito. Por tanto, si se afirma que la codisposición supone nulidad, esa misma ineficacia debería predicarse de los actos onerosos. En éstos, la necesidad de contar con el consentimiento del otro cónyuge, que obedece, al igual que en los gratuitos, a una falta de poder dispositivo suficiente, no puede implicar, en congruencia con lo anteriormente expuesto, la anulabilidad.

3. La segunda parte de la obra, como se ha dicho, se dedica al estudio de los actos eficaces.

El capítulo primero de la misma comprende los supuestos en los que el pacto capitular de los cónyuges o el propio legislador excepcionan el principio general de actuación conjunta y permiten que uno de los cónyuges en solitario pueda realizar actos de disposición o administración sobre bienes gananciales.

Las capitulaciones matrimoniales son, como se dice en la sección primera de este capítulo, la primera fuente de derechos y deberes en tema de gestión, pues según el art. 1.375 CC el principio de cogestión es subsidiario de la voluntad de los cónyuges. El establecimiento en el pacto capitular de un régimen de gestión a favor de uno solo de los cónyuges o de carácter indistinto o solidario no viola, siempre que no sea abusivo o depresivo, el límite general del art. 1.328 CC. El principio de igualdad debe ser complementado con el de libertad de los cónyuges, cuyos derechos quedan suficientemente tutelados por lo dispuesto en los arts. 1.390, 1.391 y 1.362, aun cuando la responsabilidad derivada de los actos realizados al amparo de lo pactado en las capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas pueda hacerse efectiva sobre los bienes gananciales en virtud del art. 1.365 CC y el acto sea inimpugnable.

Asimismo, y refiriéndonos ahora al contenido de la sección segunda, en los arts. 1.381 a 1.386 CC, cuyo ámbito de aplicación y requisitos son analizados, y en el art. 6 C. de Co., vigente pese a no contener el Código Civil tras la reforma de 1981 ninguna remisión al mismo en sede de disposición de bienes gananciales similar a la que existe en materia de responsabilidad (art. 1.365 CC), el legislador, en aras de la agilidad del tráfico económico y de la seguridad de los terceros contratantes, dota a la actuación individual de un

cónyuge de una validez y eficacia definitiva *inter partes* frente a tercero de buena fe y *erga omnes*. De manera que el cónyuge no actuante sólo podrá impugnar el acto realizado cuando éste no sea subsumible en ninguna de las excepciones legales al principio de cogestión establecidas en los arts. 1.381 a 1.386 CC, o cuando el adquirente hubiese procedido de mala fe en el acto realizado en fraude de los derechos del otro cónyuge al que se refiere el art. 1.391 CC. Además, de conformidad con el art. 1.365.1 CC, el acreedor podrá agredir directamente los bienes gananciales ante las deudas que se deriven de dicha actuación individual, sin perjuicio de la operatividad en la esfera interna de los arts. 1.362, 1.390, 1.391 y 1.393.2.

4. Si el acto realizado por uno de los cónyuges en solitario es puramente obligatorio, supuesto estudiado en el capítulo segundo de la segunda parte, la sanción correspondiente al mismo no puede consistir ya en la anulabilidad, tal y como se deduce del propio tenor del art. 1322, y del hecho de que los esposos, plenamente capaces, puedan contratar válidamente en solitario, sin necesidad del consentimiento de su consorte. La consecuencia de dicha actuación unilateral será, de conformidad con el art. 1.367 CC, la no afección de los bienes gananciales a la responsabilidad derivada del mismo, constituyendo, por tanto, una deuda privativa del cónyuge, cuyo régimen jurídico será el disciplinado por el art. 1.373.

Ahora bien, cuando la contratación individual del cónyuge pueda subsumirse en alguno de los supuestos del art. 1.365 CC y concordantes (entre los que se encuentran los arts. 1.381 a 1.386) o en el art. 6 del C. de Co., en caso de que el cónyuge actuante sea comerciante, se desencadenará la sujeción indiscriminada de los bienes gananciales *in genere*, considerándose, aun contraída por uno solo de los cónyuges, deuda ganancial.

Comenzando por éstas, las deudas gananciales, a las que se dedica la sección primera, del análisis comparativo de los arts. 1.365 y 1.362, se deducen casos en que se identifican la esfera externa y la interna de las relaciones conyugales, generando a la vez una responsabilidad directa frente al acreedor con los bienes gananciales y un cargo definitivo del consorcio conyugal, casos de mayor amplitud de la esfera externa y casos de mayor amplitud de la esfera interna, originándose en estos dos últimos supuestos el oportuno derecho de reembolso a favor de quien proceda dependiendo de los bienes que hayan respondido frente al acreedor y de los bienes que deban soportar definitivamente el gasto.

Respecto al carácter ganancial de la deuda, éste no debe presumirse, según D. Bello Janeiro, en tanto no conste debidamente. No rige ya, tras la reforma de 1981, la presunción de actuación del marido en interés de la familia, utilizada tradicionalmente por la jurisprudencia para determinar la responsabilidad del patrimonio ganancial. Tampoco rige ninguna presunción de ganancialidad pasiva, pues el art. 1.361 CC ha de entenderse referido a los bienes y no a los créditos. A ello se añade lo dispuesto en el art. 71 CC, que impide a un cónyuge atribuirse la representación del otro, y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, según la cual «las deudas de una persona no afectan a otra».

El estudio, en la sección segunda, de las deudas privativas, de las que responden directa y primariamente los bienes propios del cónyuge deudor y, subsidiariamente, los bienes gananciales (art. 1.373 CC), siempre que se acredite en el procedimiento la persecución previa y la insuficiencia de los primeros, se centra en explicar el mecanismo que el art. 1.373 pone a disposición del



cónyuge no deudor para que, una vez notificado al mismo el embargo de bienes gananciales, pueda pedir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad de gananciales. El cauce procesal adecuado para el ejercicio de este derecho de sustitución es la tercería de dominio, aunque la jurisprudencia en general no la admite por entender que, vigente la sociedad de gananciales, cada uno de los cónyuges sólo tiene un derecho expectante sobre los bienes comunes. D. Bello Janeiro rechaza esta concepción jurisprudencial y entiende que no debe equipararse la tercería de dominio a la acción reivindicatoria, ni exigirse un derecho de propiedad pleno a favor del tercerista, sino que basta lo que en otras resoluciones se conoce como un derecho que desembocara en el dominio, además de que con la actual regulación de la sociedad de gananciales, en la que se establecen normas que implícitamente reconocen la idea de cuota, se prevén numerosos supuestos de disolución de la sociedad y se permite el ejercicio por uno de los cónyuges de derechos actuales sobre los bienes gananciales, cabe poner en tela de juicio su configuración como comunidad germánica.

Si el cónyuge no deudor consigue hacer efectivo el derecho que le confiere el art. 1.373, se produce, como efecto legal obligatorio y automático, la disolución de la sociedad de gananciales. Este efecto no puede ser evitado, pues ello no se admite expresamente por el legislador, mediante el embargo de una parte solamente de los bienes gananciales, sin perjuicio de que el juez pueda apreciar abuso de derecho en la solicitud de disolución del esposo del deudor.

Una vez disuelta la sociedad de gananciales, el embargo no puede recaer sobre la cuota abstracta que corresponde al cónyuge deudor antes de la liquidación. El embargo ha de trabarse sobre los bienes concretos que, tras la liquidación, y, por tanto, limpios de deudas comunes, a las que se concede preferencia (arts. 1.399 y 1.401 CC), se adjudiquen al cónyuge deudor.

En la sección tercera se examina otro de los cauces utilizados para obtener la liberación de la parte que corresponde al cónyuge no deudor en el consorcio ante el embargo trabado como consecuencia de la contracción por su consorte de deudas privativas, cual es la modificación del régimen económico matrimonial mediante el otorgamiento de las correspondientes capitulaciones matrimoniales, instaurando el régimen de separación y procurando adjudicar en la liquidación los bienes más importantes o de más fácil perseguibilidad del anterior patrimonio conyugal al cónyuge no deudor. Pues bien, aun cuando se cumplan los requisitos formales y de publicidad necesarios para que la modificación produzca efectos frente a los acreedores, éstos no se encuentran desprotegidos, pues cuentan con la norma del art. 1.317 CC, que consagra el respeto de los derechos adquiridos por terceros y la relatividad o irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal. En virtud del art. 1.317, que establece una ineficacia de las capitulaciones matrimoniales otorgadas después del matrimonio, y dado que ésta se rige por las reglas de los contratos (art. 1.335 CC), los acreedores podrán ejercitar la amplia gama de acciones que van desde la nulidad absoluta hasta la anulabilidad, aparte de que la conducta de los cónyuges pueda ser constitutiva del delito de alzamiento de bienes. Ahora bien, siendo posible el ejercicio de todas esas acciones (rescisorias por fraude o por lesión, nulidad absoluta por simulación, por ilicitud de la causa, por fraude de ley o por contravención de una norma imperativa, y anulabilidad), no serán necesarias ni convenientes, pues al acreedor le basta invocar la protección que le confiere el art. 1.317, proban-

do, además, el carácter ganancial de la deuda y la anterioridad del crédito a la indicación en el Registro Civil o en el Registro Mercantil de las capitulaciones, para que pueda dirigirse contra los bienes que tengan el carácter de gananciales con anterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, que no le perjudica, con independencia de a quién se hayan adjudicado (art. 1.401 CC), y sin necesidad de hacer previa excusión de los bienes privativos del cónyuge deudor ni de acreditar la previa insolvencia de éste, ni siquiera el fraude.

No obstante, para el acreedor privativo será ineficaz la invocación del art. 1.317 CC, pues este precepto sólo protege los derechos adquiridos, y con anterioridad a la modificación del régimen económico, el acreedor privativo no tenía un derecho adquirido a embargar más que los bienes privativos del cónyuge deudor y, subsidiariamente, los gananciales en virtud del art. 1.373. Y si en el momento de invocar el art. 1.373 ya se ha producido el cambio de régimen, aunque dicha norma permita agredir los bienes gananciales subsidiariamente, no existe ningún derecho adquirido sobre los mismos, porque el art. 1.373 sólo rige constante la sociedad de gananciales y no disuelta. El acreedor privativo sólo tendrá derecho sobre la parte que ostente el cónyuge deudor si todavía no ha habido partición o sobre los bienes que se hayan adjudicado tras la liquidación, sin perjuicio de que pueda impugnar la partición o rescindir las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores.

5. Cuando en el otorgamiento del acto de disposición, administración, o puramente obligatorio, intervengan ambos cónyuges conjuntamente o cuando lo haga uno solo de ellos con el consentimiento, expreso o tácito del otro, caso al que se dedica el capítulo tercero, el acto será inimpugnable y se desencadenará la responsabilidad de los bienes gananciales *in genere* (arts. 1.367 y 1.369 CC). En los casos de actuación conjunta, la responsabilidad de esos bienes será solidaria con los privativos de ambos cónyuges, que, ante la presunción de no solidaridad del art. 1.137 CC, responderán mancomunadamente. Sin embargo, en los casos de intervención de uno de los esposos con el consentimiento del otro, sólo responderán solidariamente con los bienes gananciales los bienes privativos del cónyuge deudor, pero no los del cónyuge que consiente. Y ello sin perjuicio de que en la esfera interna de las relaciones intraconyugales se pueda originar un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales ex arts. 1.362, 1.390 y 1.391 CC, cuya aplicación en estos casos debe aceptarse, aunque su supuesto por excelencia sea el de la actuación unilateral de un cónyuge.

Así pues, en el campo obligacional, afirma el autor, cuando interviene un cónyuge con el consentimiento de su consorte, este último no se convierte en parte contratante ni resulta personalmente obligado, sino que sólo presta su consentimiento a los efectos del art. 1.367 CC, es decir, a los efectos de responsabilizar los bienes gananciales pero sin consentir la afección de sus bienes propios.

A esa distinción en cuanto al alcance de la responsabilidad con los bienes privativos de los esposos, que se deduce aplicando las reglas generales del Derecho de obligaciones, dado el silencio del Código Civil, se llega por la necesidad de que en algo se diferencien ambos supuestos, actuación conjunta de ambos esposos y actuación de uno de ellos con el consentimiento del otro, en el ámbito de la responsabilidad con los bienes, pues el propio legislador da a entender que se trata de casos distintos al establecer en el art. 1.322 CC diferentes sanciones para cada tipo de actuación.

Ahora bien, nosotros creemos que no se puede afirmar que el cónyuge que presta su consentimiento al acto iniciado por el otro no se convierte en parte contratante, dado que sólo lo hace a los efectos de permitir la afectación de los bienes gananciales, pero sin responsabilizar sus bienes privativos, porque tal limitación de responsabilidad no es un presupuesto sino una consecuencia de la cuestión previa que la determina: si es o no parte contratante dicho cónyuge. Es decir, la sujeción de determinados bienes a responsabilidad es el resultado de la consideración de su propietario como obligado contractualmente, y no al contrario, de manera que no se puede concluir que no es parte contratante partiendo de que sus bienes no responden.

Asimismo, según el autor, no puede sostenerse en materia dispositiva la tesis que mantiene que la actuación de un cónyuge con el consentimiento del otro implica codisposición-coadministración. De los arts. 1.375 y 1.377 CC se deduce que tal codisposición, que implicará necesariamente cocontratación, al aparecer embebido en nuestro Derecho el acto dispositivo en un contrato causal, sólo existirá en los actos a título gratuito, en los casos en que los bienes pertenezcan a ambos cónyuges en comunidad ordinaria y en los supuestos de actuación conjunta. Por el contrario, cuando la obligación se ha contraído sólo por un cónyuge, disponente, limitándose el otro a consentirlo, la intervención de éste se configura como un mero asentimiento, que no implica codisposición, sino que sólo impide la anulación del acto y permite la agresión del patrimonio ganancial *in genere*. No en vano el Código Civil distingue en el art. 1.322 CC dos tipos de sanción, nulidad cuando se trata de codisposición (párrafo segundo), y anulabilidad cuando se trata de asentimiento a la disposición llevada a cabo por el otro (párrafo primero).

De estas afirmaciones nos parece deducir el siguiente razonamiento: en los actos a título gratuito existe codisposición porque el Código Civil los sanciona con la nulidad; por tanto, como el tipo de ineficacia previsto para los actos a título oneroso es la anulabilidad, en esta clase de actos no hay codisposición. Pues bien, aunque el respeto al tenor literal de las normas nos parezca una postura loable, atendiendo a las observaciones hechas a propósito del contenido de la primera parte del libro, la anterior conclusión nos parece discutible.

6. Por último, unas breves palabras en cuanto a los aspectos procesales. Cuando el acreedor pretenda dirigirse directa e indiscriminadamente contra los bienes gananciales, además de probar que su crédito se encuentra comprendido en alguno de los supuestos en que el Código Civil permite la agresión de aquellos bienes, deberá, para constituir válidamente la relación jurídico-procesal, así como para la adecuada defensa de los intereses de los cónyuges en el patrimonio ganancial, dirigir la demanda contra ambos esposos. Ahora bien, en los casos en que haya actuado uno de los cónyuges con el consentimiento del otro y en los supuestos excepcionales en que la actuación individual de uno de los cónyuges desencadena la responsabilidad de los bienes gananciales (arts. 1.365 y complementarios CC), la demanda habrá de dirigirse contra el cónyuge contratante para que sea condenado al pago y contra el cónyuge consintiente y no deudor a los únicos efectos de los arts. 1.367, 1.369 CC o 144.1 RH, para que soporte la ejecución de los bienes comunes y para discutir en el proceso la naturaleza del débito.

7. En definitiva, la obra nos parece de lectura obligada para quien pretenda adentrarse en el estudio de la dinámica de la sociedad de gananciales. Es, desde luego, esta perspectiva, la del funcionamiento de la sociedad de gananciales.

ciales durante su vigencia, la que alumbra, en general, el contenido de la misma y desde la que resulta elogiada. Quizá por esta razón se echa en falta una toma de postura inicial que justifique alguna de las consecuencias obtenidas. La especial naturaleza de la sociedad de gananciales, como régimen económico regido por unos particulares principios, y la regulación de que ha sido objeto tras la reforma de 1981, originan distintos problemas en su funcionamiento, que, por su complejidad, exigen un tratamiento previo a los textos legales, aunque no desconectado de los mismos, desde el que éstos deben ser enjuiciados.

Gracias a la técnica utilizada de interconexión de las distintas cuestiones involucradas en una concreta actuación de los cónyuges, se logran relacionar los aspectos obligacionales y los dispositivos del acto, así como la trascendencia del mismo, tanto en las relaciones con los terceros acreedores, como en las relaciones entre cónyuges.

El enfoque de la cuestión resulta de indudable interés práctico, pues permite al lector trazar esquemáticamente las directrices del sistema de protección del cónyuge perjudicado por los actos de su consorte y, a la vez, le ofrece un análisis pormenorizado de la actual regulación legal y de las cuestiones implicadas en la misma.

M.<sup>a</sup> EUGENIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ  
Universidad Autónoma de Madrid

**CABANILLAS SANCHEZ, A.:** «Las obligaciones de actividad y resultado», José María Bosch Editor, S.A., 1993, págs. 201.

1. La obra se estructura en tres capítulos, precedidos de una introducción y seguidos de un apéndice con las sentencias del TS.

Descrito el plan, pasemos al análisis del contenido.

2. Cabanillas ofrece en el capítulo I una visión global de la distinción obligación de actividad y obligación de resultado.

Antes de precisar su objeto, rastrea su origen y el problema de su denominación. Para el origen, recuerda que la doctrina francesa lo asocia a Demogue. Siguiendo a Henri Mazeaud, Cabanillas menciona posibles antecedentes en el Derecho romano y en el antiguo Derecho francés. Sin embargo, entiende dudoso localizar ahí la distinción, pues ésta no se perfila hasta finales del XIX, y procede a desarrollar el itinerario que cree haber seguido.

En cuanto a su denominación, Cabanillas constata la no uniformidad de la terminología empleada por la doctrina, lo que en parte se debe a que los textos legales no suelen contener una normativa específica sobre esta clasificación. Expone así una serie de términos que utiliza la doctrina de diferentes países (francesa, italiana, alemana, austríaca, suiza y española) y de diversos sectores del Derecho (por ejemplo, Derecho internacional público, Derecho mer-

cantil internacional), el por qué de los mismos, su valoración, y acaba indicando su preferencia por hablar de obligación de actividad y obligación de resultado.

Como dijimos, Cabanillas continúa con el estudio del objeto de estas obligaciones. Lo inicia resaltando el paralelismo que hay entre esta clasificación y aquella de los delitos de actividad y de resultado. Tras ello, expone las nociones que diversos autores extranjeros y españoles defienden, desprendiéndose de la exposición el carácter relativo de tales nociones. Y finaliza dando su concepto: en la obligación de actividad, el deudor ha de desarrollar una conducta dirigida a satisfacer el resultado que el acreedor espera, pero, aunque tal resultado está presente, no lo garantiza; y en la de resultado, el deudor sí garantiza la obtención del mismo, el cual constituye el interés primario del acreedor.

Fijadas las nociones, el autor entra a valorar la utilidad de la clasificación. Para ello expone los argumentos alegados en su favor (por ejemplo, que la diversidad de situaciones —resultado que se incorpora o no a la obligación del deudor— exige una diversidad de regímenes) y los argumentos en contra (por ejemplo, se afirma la imposibilidad de diferenciar ambas obligaciones, pues en toda obligación está presente el resultado práctico perseguido por el acreedor y la diligencia que ha de poner el deudor). Termina con unas consideraciones críticas, manifestándose partidario de la distinción por permitir reflejar la posible diversidad de contenido de la relación obligatoria.

Esta última toma de postura le lleva a desarrollar, de inmediato, los criterios que pueden utilizarse para saber si una concreta obligación merece la calificación de actividad o de resultado. El primero y más básico es la autonomía privada. Si se pronuncia la voluntad de las partes, a ella debe estarse y ésta podrá beneficiar o agravar la posición del deudor. Además, no puede afirmarse que nuestro Derecho contenga una presunción favorable a una u otra clase de obligación, surgiendo por ello los problemas cuando las partes no especifican el carácter de aquella. Y para resolverlos, enumera y valora una serie de criterios que facilitan la calificación. Son: a) la situación de las partes; b) el carácter aleatorio del resultado; c) el papel activo o pasivo del acreedor en el cumplimiento; d) la mayor o menor determinación de la prestación prometida; e) el sistema de imputación del riesgo; y f) la equidad.

3. Tras este estudio general, en el Capítulo II Cabanillas se ocupa de identificar, en distintos tipos de obligación, las que son de actividad y las que son de resultado.

Comienza analizando las de resultado, que a su juicio son las siguientes:

a) Obligación de dar. Frente a otros autores (así Hernández Gil), Cabanillas considera que estamos ante una obligación de resultado. Este consiste en que el acreedor devenga poseedor de la cosa debida a través de su tradición.

b) Obligación de ejecución de una obra. La mayor parte de la doctrina española defiende que estamos ante una obligación de resultado, contraponiéndola a la obligación de actividad que nace del contrato de arrendamiento de servicios. En este mismo sentido se pronuncian las doctrinas alemana, italiana y francesa. Y del mismo parecer es el Tribunal Supremo. No obstante esto, algunos autores (Santos Briz, Lacruz) cuestionan los criterios que tradi-

cionalmente han permitido diferenciar el contrato de obra del de arrendamiento de servicios (por ejemplo, la regla de distribución del riesgo contractual). Y Badosa, incluso, llega a negar que la obligación surgida del contrato de obra sea de resultado. Por el contrario, Cabanillas califica de resultado la prestación surgida del contrato de obra (cfr. arts. 1589 y 1590 CC).

Dentro de este apartado (obligación de ejecución de una obra), el autor dedica especial atención a la creación de las obras intelectuales. Si bien en principio entiende que estamos ante obligaciones de resultado (fruto de contratos de obra), esta afirmación la matiza cuando el concreto caso lo requiere, y especifica cuándo estamos ante una obligación de actividad. En concreto, alude a las creaciones publicitarias y a su difusión (pp. 62-65); a los programas de ordenador (contratos de software: *standard software* y *custom software*; p. 65); a los proyectos de los arquitectos (pp. 66-68); al *engineering* (pp. 69-70); a la elaboración de un dictamen técnico (pp. 70-71); y a las prestaciones de servicios médicos y hospitalarios (pp. 71-76). Merece la pena detenerse brevemente en estas últimas obligaciones.

En principio, las obligaciones del analista (hacer análisis clínicos) son de resultado. Sin embargo, cuando el análisis es delicado y está sujeto a posibles y varias interpretaciones, la obligación será de actividad. Lo mismo ocurre con el radio diagnóstico, cuyo resultado es la obtención de la placa radiográfica. Otro supuesto de obligación de resultado es la realización de una prótesis (por ejemplo, una dentadura). E igualmente lo son, la obligación de seguridad del centro hospitalario de evitar el que ocurran accidentes al enfermo, y la de poner a disposición del médico y demás personal sanitario material en buen estado (instrumental idóneo, medicamentos y productos sanitarios sin defectos; cfr. SS TS de 16 de diciembre de 1987, 7 de junio de 1988, 11 de noviembre de 1991). En cambio, hay discrepancias a propósito de la cirugía estética y de la reparadora. En opinión del autor, el que la operación sea o no estrictamente estética, no constituye un criterio útil que nos permita calificar la obligación pactada de resultado o de actividad.

c) Obligación de transportar a personas o cosas. Es también de resultado, siendo su origen un contrato de obra. Destaca, además, que el transportista de personas no sólo debe transportarlas de un lugar a otro, sino que debe conseguir, asimismo, que lleguen sanas y salvas al lugar de destino (obligación de seguridad).

d) Obligación de custodia por el banco de la caja de seguridad. La opinión doctrinal dominante es que estamos ante un contrato mixto que contiene prestaciones propias del arrendamiento de cosa y propias del depósito. Se considera además que de él surge una obligación de resultado.

e) Obligaciones en los contratos de gestión y colaboración empresarial. Dentro de estos contratos, Cabanillas alude en primer lugar a la comisión, a la agencia y a la mediación, que comparten la finalidad de promover o estipular negocios jurídicos y que persiguen la obtención de concretos resultados. En segundo lugar menciona la obligación de resultado que compete a las agencias de viajes de facilitar los servicios contratados al cliente (desarrollado por RD 25 de marzo de 1988). En tercer lugar se detiene en la concesión mercantil y en el *franchising*, entre cuyos fines o resultados está introducir en el mercado una cantidad mínima de artículos en el plazo fijado por el contrato. Y en cuarto y último lugar se refiere a la asistencia técnica que suelen incorporar ciertos contratos (compraventa, *leasing*, etc.), que supone garantizar un buen mantenimiento de la maquinaria que posea el acreedor.

f) Obligación de garantía. El autor analiza aquí distintos casos en lo que esta obligación puede aparecer. Comienza con el contrato de compraventa, continúa con el de licencia de know-how, sigue con la garantía del art. 11 LGDCU de 1984, y acaba con la problemática que plantea el promotor de viviendas y su inclusión en el art. 11 LGDCU y en el 1591 CC (responsabilidad por ruina del edificio). Salvo la obligación surgida de la licencia de know-how, que considera obligación de actividad, las demás las califica de resultado.

g) Obligación de no hacer. Según Cabanillas, esta obligación es por su propia naturaleza una obligación de resultado.

Dentro de este capítulo II, pero ya en su tercer epígrafe, el autor centra su atención en «Las obligaciones de actividad». Aquí también analiza distintos tipos de obligaciones:

a) Obligación de prestación de servicios. Menciona tres contratos diferentes de los que surgen obligaciones encajables en la idea de prestación de servicios.

En primer lugar alude al contrato de arrendamiento de servicios, del que nace una obligación de actividad. Esta afirmación general la concreta y matiza para ciertos casos. Así, en la obligación del arquitecto de la dirección técnica de trabajos en la construcción; en la de prestación de servicios médicos (diagnosticar, prescribir y tratar al enfermo, mas no garantizar su curación) y en donde alude a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que por lo general califica el contrato existente entre médico y paciente de arrendamiento de servicios y la obligación del médico de actividad (coordinarlo con el estudio de las obligaciones del médico y demás auxiliar clínico hecho desde la perspectiva de la obligación de resultado: supra); en la obligación del abogado de la defensa en el juicio, o en la del notario frente al cliente, haciendo aquí también un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual llega a las mismas calificaciones de arrendamiento de servicios y de obligación de actividad; por último, en la obligación de servicios de asesoramiento profesional, que igualmente califica de obligación de actividad.

El segundo contrato en el que Cabanillas se detiene es en el de trabajo, generador para el trabajador de una obligación de actividad. Frente a esto, expone la opinión de Sagardoy, quien con anterioridad al Estatuto de los Trabajadores defendió que el trabajador era un contratista y calificó el contrato de obra como contrato especial de trabajo. Acaba con la mención de la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente sobre este tema (Salas de lo social y de lo civil).

El último contrato que analiza es el mandato. Afirma el carácter de actividad de la obligación esencial del mandatario, pues éste sólo garantiza una actividad diligente y no la realización y buen fin del encargo que se le encomendó. Entiende también aplicable esta calificación al gestor de negocios ajenos.

b) Obligaciones de los administradores de las sociedades. Sus obligaciones son de actividad, pues puede configurárseles cercanos al mandatario. Esto en el ámbito civil y en el mercantil (sociedad colectiva, anónima, de responsabilidad limitada).

c) Obligación de conservación de la cosa. Frente a la obligación de resultado de entregar la cosa, la de su custodia merece la calificación de actividad.

d) Obligación a título gratuito. Es la última obligación que analiza el autor y la considera siempre de actividad, pues «es legítimo demandar lo menos gravoso al que se obliga sin contraprestación económica».

4. En el Capítulo III, estudia las consecuencias jurídicas de esta clasificación.

Una diferencia fundamental reside en el contenido de la prestación exigible al deudor. En la obligación de actividad, al deudor le es suficiente con haber ejecutado una conducta diligente, incluso aunque el interés primario del acreedor no sea satisfecho (obtener el resultado). En cambio, el cumplimiento de la obligación de resultado sí que exige que el interés primario del acreedor sea satisfecho.

Visto el aspecto del cumplimiento, el autor pasa al del incumplimiento. Comienza determinando cómo se concibe éste según que la obligación sea de actividad o de resultado (4.1.). Sigue con las consecuencias que el incumplimiento del deudor genera en el derecho a su contraprestación (4.2.). Y acaba con la carga de la prueba de la culpa del deudor (4.3.).

4.1. Trata diversos temas, todos relacionados con el incumplimiento.

Empezando con su noción, el autor afirma que si la obligación es de resultado, hay incumplimiento cuando el deudor no alcanza el resultado que constituye el interés primario del acreedor. En cambio, en la de actividad hay incumplimiento, si el comportamiento desplegado por el deudor no ha sido diligente de acuerdo a la concreta exigencia del caso. Tras esto, menciona la conexión que hay entre esta clasificación, con la distinción de los regímenes de responsabilidad en objetivos y subjetivos. Sigue con los problemas que en este campo plantea la imposibilidad sobrevenida de la prestación, tanto la objetiva (para todos), como la subjetiva (para el concreto deudor). Diferencia la imposibilidad sobrevenida de la mayor dificultad con la que posteriormente pueda encontrarse el deudor en el cumplimiento (éste sigue obligado a cumplir, aunque deben fijarse límites). Continúa con la exposición de aspectos relacionados con los conceptos de imputabilidad, dolo, negligencia grave y diligencia exigible al deudor. Y acaba aludiendo a las medidas de resarcimiento del acreedor por causa del incumplimiento del deudor.

4.2. Según Cabanillas, es clave distinguir la obligación de actividad de la de resultado, a los efectos de la repercusión del incumplimiento del deudor en su contraprestación.

Para la obligación de resultado afirma que si el deudor incumple por una causa que no le es imputable, su obligación se extinguirá, y además no tendrá derecho a la contraprestación, salvo que la ley disponga otra cosa. En este sentido, para el contrato de obra, están los arts. 1589 y 1590 CC, que además señalan que si la imposibilidad se debió a la conducta del acreedor, el deudor no pierde el derecho a su contraprestación. A continuación, analiza el caso de si el arquitecto puede o no recibir los honorarios, cuando el proyecto que realizó no puede ejecutarse por razones urbanísticas y con el presupuesto de calificar su obligación de resultado, y menciona



na una serie de sentencias del Tribunal Supremo que ofrecen al respecto soluciones dispares. Acaba con la indicación del art. 1452 CC que trata del riesgo en la compraventa de cosa específica.

En la obligación de actividad y a fin de que el deudor conserve el derecho a la contraprestación, indica que basta con que el deudor haya ejecutado su actividad con la diligencia que se le requería, y ello, pese a que no se alcance el resultado que el acreedor pretendía conseguir (el médico diligente recibe los honorarios aún si el paciente fallece).

4.3. En el estudio de la carga de la prueba de la culpa del deudor, comienza exponiendo la solución dada por otros ordenamientos (francés, italiano, alemán y austríaco) y destaca que la misma no es uniforme.

Por ejemplo, la doctrina francesa dominante entiende que el acreedor ha de probar la culpa del deudor si la obligación es de actividad, y no, si es de resultado, por presumirse aquí la misma (inversión de la carga de la prueba). En cambio, en el Derecho italiano se considera que en ambas obligaciones el acreedor ha de probar la materialidad del incumplimiento, y el deudor podrá exonerarse (prueba liberatoria), si demuestra que incumplió por causa que no le es imputable.

Ya en el Derecho español, Cabanillas alude a un importante sector doctrinal, que defiende las mismas ideas que las de la doctrina francesa. En cambio, otros autores consideran que en ambas obligaciones el acreedor debe probar la infracción cometida por el deudor, y éste, si no quiere responder, habrá de probar una causa que le libere (lo que les acerca más a la tesis de la doctrina italiana).

Pasando a su opinión, comienza exponiendo el diferente ámbito de aplicación de los arts. 1182 y 1183, y 1101 CC. Los primeros, coordinados entre sí, establecen una presunción de culpa en el deudor de alcance limitado: para el caso de pérdida sobrevenida de la cosa y a los efectos de la posible o no extinción de la obligación del deudor. El 1101, en cambio, piensa en el nacimiento de la obligación de reparar daños y perjuicios sufridos; esto es: cuando aún hay obligación del deudor, y para ello al acreedor le bastará con probar «la contravención del tenor de la obligación» (art. 1101 CC). Trasladándose a las obligaciones de actividad y de resultado, en el contenido de cada una de ellas ve aquéllo que ha de probar el acreedor (ello constituye la contravención del tenor de la obligación). Así, en la obligación de actividad, probará la negligencia del deudor, y en la de resultado, la falta de la obtención de éste. Y el deudor podrá liberarse, en la obligación de actividad probando que tuvo dificultades en el cumplimiento equiparables a la imposibilidad, y en la de resultado, que la contravención se debió a una causa no imputable en virtud del art. 1105 CC.

Tras esto, centra su atención en tres casos que plantean una problemática especial en tema de prueba. Son: a) La prueba de la negligencia del arquitecto o técnico por la ruina del inmueble. Mencionando una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, destaca que ésta presume (*juris tantum*) la culpa de aquéllos, lo que coincide con la doctrina francesa, alemana, italiana y anglosajona. b) La prueba de la negligencia médica. Aquí la jurisprudencia impone al enfermo o a sus herederos probar la culpa médica, aunque, por las dificultades que tal prueba entraña, admite ciertos expedientes paliativos. Destaca

asimismo que algunos autores cuestionan esta doctrina, porque la misma conduce, normalmente, a la desestimación de la pretensión del paciente. Alude a la doctrina italiana, francesa, alemana, inglesa, norteamericana y suiza. Y acaba con una breve referencia al art. 28.2 LGDCU y a aspectos conexos. Y c) la prueba de la negligencia del administrador de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada. Suele ser normal que se rechace la presunción de su culpa, pero esto está siendo objeto de críticas y revisiones, incluyéndose en ellas Cabanillas.

5. La valoración global de la obra merece un juicio favorable. Se encuadra en el estudio de la teoría general de la obligación, materia que a propósito de la clasificación de las obligaciones según su objeto, y a pesar de su relevancia práctica, no cuenta con una detallada y monográfica atención de los autores españoles. Así pues, la obra contribuye a la formación de un cuerpo de doctrina en esta materia.

Igualmente es de resaltar la soltura y ameneidad con que la obra está escrita, a lo que nos tiene acostumbrados el autor, facilitando, lo que es de agradecer, una fácil y rápida comprensión de los distintos conceptos e ideas. El estudio también destaca por utilizar el Derecho comparado, con el fin de ver qué solución se da en otros ordenamientos a similares problemas, lo cual permite confrontar esas soluciones con las del nuestro y ver así la posible, o no, conveniencia de trasladar y adecuar algunas de esas reglas. Asimismo debe recordarse que la obra contiene un amplio estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, mostrándonos con ello cómo opera el sistema en la realidad; esto es, no se queda en el mero aspecto dogmático. Por último, y a nuestro parecer aquí reside uno de los valores más importantes de la obra, el estudio no sólo intenta construir una teoría general para esta clasificación de las obligaciones, sino que también contiene una constante preocupación por identificar obligaciones y por pronunciarse sobre su condición de actividad o de resultado, con las consecuencias jurídicas y prácticas que ello implica.

NIEVES FENOY PICON

**GREEN, N., HARTLEY, T. C. and USHER, J. A.:** «The Legal Foundations of the Single European Market», Oxford University Press, Oxford, 1991, págs. 314.

En el mismo año de la ampliación de la Comunidad a dos nuevos Estados (España y Portugal se convirtieron oficialmente en miembros desde el 1 de enero de 1986), los doce países firmaron el Acta Unica Europea, que constituye la primera revisión sustancial del Tratado de Roma desde 1957. Se trata de alcanzar un gran mercado interior el 1 de enero de 1993 mediante la supresión de todas las barreras que perturbasen la libre circulación de personas, bienes y capitales, requisito imprescindible para el crecimiento de la economía europea y de su competitividad. En este contexto se enmarca el libro

de Green, Hartley y Usher, autores familiarizados con distintos aspectos del Derecho comunitario.

Usher estudia en la primera parte las cuestiones relativas al libre movimiento de bienes, lo que supone adentrarse en el tema del establecimiento de una tarifa aduanera común frente al exterior. En efecto, la diferencia fundamental entre la Asociación Europea de Libre Comercio (E.F.T.A.) y la Comunidad Europea (C.E.E.) estriba en que la primera simplemente supone la eliminación de barreras comerciales, mientras que la segunda implica una tarifa o arancel común frente al resto del mundo; de tal manera que los bienes legalmente importados de terceros países así como los producidos dentro de la propia Comunidad deben estar sometidos a idéntica política aduanera y, por tanto, poder moverse de un Estado miembro a otro sin que se les apliquen restricciones cuantitativas (contingentes o cupos) ni tampoco medidas discriminatorias de tipo fiscal. El origen (fue adoptado el 1 de julio de 1968) y aplicación del mencionado arancel común constituye la introducción a la parte primera del libro, continuando con el análisis de la política comercial comunitaria que ya venía exigida por el art. 113 del Tratado de Roma.

Sin embargo, las bienintencionadas previsiones del legislador europeo en materia comercial no se han cumplido totalmente, como Usher recalca al estudiar con detenimiento las restricciones cuantitativas o cuotas que han seguido existiendo tras la adopción del arancel común y las reglas (*measures*) equivalentes a dichas restricciones. Como resulta obvio, ambos mecanismos son un obstáculo a una auténtico libre movimiento de bienes, aunque con diferentes justificaciones. La posibilidad de aplicar cuotas de importación a bienes procedentes de terceros países, incluso cuando esos bienes se encuentren ya en territorio de la Comunidad, es una decisión excepcional que la Comisión puede adoptar a requerimiento del Estado miembro que lo solicite por razones serias y por tiempo limitado en virtud del art. 115 del Tratado constitutivo de la C.E.E.; mientras que las medidas equivalentes a restricciones cuantitativas afectan sobre todo a cuestiones de Propiedad intelectual e industrial y, en menor medida, a asuntos relativos a competencia desleal. Como no podía ser de otra manera, estos mecanismos son objeto de análisis desde la óptica de la jurisprudencia comunitaria pudiendo citarse el caso *Procureur du Roi v. Dassonville*, en el que el Tribunal de Luxemburgo se enfrentó por primera vez a la tarea de definir lo que se entiende por medida equivalente a restricción cuantitativa.

La parte primera del libro se cierra con un capítulo sobre las excepciones expresas que permiten restricciones al libre movimiento de bienes en el comercio intracomunitario: protección de la salud y vida de las personas, animales y plantas y razones de moralidad, política y seguridad públicas. En *Commission v. France*, por ejemplo, la legislación francesa que prohibía el marketing de sustitutos de la leche fue defendida por su Gobierno, argumentando que dichos sustitutos poseían un valor nutricional más bajo y que resultaban perjudiciales para determinados grupos de población; en *R. v. Henn and Darby*, en cambio, el argumento de la moralidad pública fue esgrimido para impedir la importación de literatura pornográfica de Dinamarca al Reino Unido, dado que ello no suponía discriminación arbitraria.

En la parte segunda del libro Hartley indica en su introducción que el libre movimiento de personas es un elemento esencial de un Mercado Común, pero, a renglón seguido, enfatiza que no se trata de un libre movimiento para *todo el mundo*; sino sólo para categorías determinadas de personas: trabaja-

dores, indicando con detalle quiénes pueden ser incluidos en su definición, trabajadores por cuenta propia o *self-employed persons* en la terminología anglosajona (miembros de profesiones liberales, hombres de negocios, comerciantes, artistas, etc) y prestadores de servicios. La segunda categoría abarca personas que pretendan establecerse de forma permanente en un país diferente al suyo, mientras que en la de los prestadores de servicios se requiere que la actividad posea un contenido comercial y, asimismo, algún elemento transnacional. Tras hacer estas matizaciones el autor combina los ámbitos personal y territorial de carácter internacional para determinar qué territorios y poblaciones se benefician de su pertenencia a la Unión Europea. La cuestión no es baladí, ya que mientras los departamentos franceses de ultramar son constitucionalmente parte de Francia y, por lo tanto, también territorio comunitario, Groenlandia y las Islas Feroe (dependientes de la Corona Danesa) no forman parte de la Comunidad. Aunque los habitantes de todos los territorios mencionados son en su mayoría nacionales franceses y daneses, sólo los primeros podrán utilizar a su favor las provisiones del Derecho comunitario. Tanto los trabajadores procedentes de Groenlandia como los nacionales daneses residentes en las Feroe, en cambio, no se benefician del libre movimiento de personas y servicios. Lo mismo les sucede a los habitantes de las Islas del Canal o Anglonormandas y de la Isla de Man.

(*The right to return*), el derecho de entrada (*the right to enter*) y el derecho de residencia (*the right to reside*). A su vez, dentro de éste último la normativa comunitaria distingue entre los derechos permanente y temporal de residencia, de tal forma que para obtener aquél (*full right to reside*) se exige también un empleo permanente o de duración superior a los doce meses. Por su parte, entre los casos resueltos por el Tribunal de Luxemburgo sobre el reconocimiento de los derechos de inmigración a los miembros de una misma familia puede destacarse *Netherlands v. Reed*. Ann Reed, ciudadana británica que vivía con su novio, él mismo ciudadano británico, en los Países Bajos, argumentó que su relación podía ser igualada a la del matrimonio a efectos de obtener un permiso de residencia, puesto que su novio poseía dicho permiso por razón de trabajo. A pesar de que el Tribunal declaró que las relaciones distintas del matrimonio no hacían surgir derechos de residencia, teniendo en cuenta que las leyes neerlandesas de inmigración reconocían al conviviente de un ciudadano holandés el derecho a residir en los Países Bajos y que existe en el Derecho comunitario un principio de no discriminación, el alto Tribunal requirió a las autoridades holandesas a reconocer el mismo derecho a Ann Reed. Como no podía ser de otra manera, la parte segunda del libro se completa con varios capítulos sobre los controles de inmigración, el reconocimiento de títulos académicos y el disfrute de idénticos derechos en materia educativa para todos los ciudadanos comunitarios.

La última parte del libro, sobre el Derecho comunitario de la Competencia, corre a cargo de Green. Es una materia de suma importancia como se deduce del hecho de que una de las tareas de la Comunidad es la institución de un sistema que asegure que la competencia dentro del Mercado Común no sea distorsionada. En este sentido, la eliminación de barreras aduaneras al libre comercio y la armonización de los diferentes Derechos nacionales son elementos básicos de esa tarea. Tras referirse a los objetivos del Derecho comunitario en el campo de la competencia (integración, equidad y eficiencia) con interés especial por el de equidad en sus diversas manifestaciones (igualdad de oportunidades, protección de las pequeñas y medianas empresas y exten-

sión de la protección de los consumidores en su sentido más amplio), pasa a examinar los principios económicos más importantes que afectan al Derecho de la competencia. Se trata de la concentración del poder de mercado a través de monopolios, duopolios y oligopolios; las barreras de entrada en un mercado como leyes y reglamentos, las elevadas tasas de capital para iniciar una determinada inversión o la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Los últimos capítulos contienen un estudio pormenorizado del art. 85 del Tratado de Roma, que alude a la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia tales como acuerdos sobre precios, distribución de productos y concesión de licencias y del art. 86. Este último se refiere al abuso de posición dominante como consecuencia de la imposición de precios excesivos por un monopolista o la limitación de la producción o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores. El autor desglosa los distintos tipos de abuso y enfoca la aplicación de ambos artículos a las fusiones, empresas mixtas y *take-overs* (adquisiciones de acciones con la finalidad de adquirir el control de una sociedad). El libro se cierra con una referencia a las ayudas públicas, tan problemáticas cuando hay implicadas empresas estatales, a menudo en régimen de monopolio o cuasimonopolio, con graves dificultades financieras. Los arts. 92 y 93 del Tratado constituyen la base para determinar cuáles, de entre esas ayudas, pueden considerarse compatibles con el Mercado Común (las que pretenden paliar los daños causados por desastres naturales, por ejemplo).

Para terminar, hay que referirse ineludiblemente a algunas de las características principales del libro objeto del presente comentario: su claridad no reñida con la profundidad en el análisis de los temas y el empleo constante de la jurisprudencia comunitaria, instancia a la que en definitiva corresponde la interpretación de los Tratados.

JAVIER LETE ACHIRICA

**DE MIGUEL PERALES, Carlos : «La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente». Madrid 1994. Editorial Civitas. Págs. 383.**

Esta obra ha sido redactada sobre la base de la tesis doctoral, que con idéntico título, fue defendida por el autor en 1993, obteniendo la calificación de «*apto cum laude*» y, posteriormente el premio «J. M. Porras» 1993 otorgado por el Club Internacional de Aseguradores.

El objeto de esta monografía es un tema de eminente actualidad, el medio ambiente. En este caso, el análisis se realiza desde una perspectiva jurídico-privada, en relación a los problemas de responsabilidad civil en esta materia. Cuestión que podemos calificar como tema central del derecho civil en materia medioambiental y de elevado interés, pues la responsabilidad civil puede ser un instrumento ciertamente útil para la protección y en su caso, restauración del medio ambiente. Afirmaciones que a lo largo de la obra se tratan de demostrar, a través del examen de las

tendencias actuales, así como las nuevas posibilidades que aún no han sido aplicadas en nuestro país, pero que pueden ser de cierta utilidad para la construcción de un sistema más eficaz de responsabilidad civil en los supuestos de daños al medio ambiente. En este sentido se pueden citar las «*class actions*» del derecho norteamericano o la fórmula de los denominados fondos.

El autor inicia el libro con un estudio del derecho comparado en materia de protección civil del medio ambiente. Hace una distinción de los ordenamientos jurídicos, según su mayor o menor aproximación a un régimen objetivo de responsabilidad civil. Se trata de un análisis breve pero suficientemente ilustrativo del tema. Es de interés destacar, de una parte; el examen que realiza de la «*Comprehensive Environmental Response compensation and liability*» (Ley General de Responsabilidad y Compensación Ambiental) de 1980, más conocida como CERCLA, del derecho norteamericano, que como mayor novedad introduce la posibilidad de hacer responsable al acreedor por los daños causados por su deudor; y de otra, el análisis de la Ley alemana de Responsabilidad Ambiental (*UmweltHG*) de 1980 que establece un sistema de responsabilidad civil objetiva y directa, así como la presunción de nexo causal.

Finaliza este primer capítulo con una cita, a mi entender obligada en esta materia, cual es, la propuesta de Directiva CEE de responsabilidad por residuos, que aunque no deja de ser un mero proyecto, es la única referencia a la responsabilidad civil en el tema de medio ambiente que tenemos en el marco de la Comunidad Europea.

El resto de su estudio lo centra en el análisis de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente en nuestro sistema jurídico, aunque las referencias a derecho comparado son constantes a lo largo de toda la monografía. El esquema que sigue en su exposición no puede ser más tradicional: presupuestos de la responsabilidad civil (actividad dañosa, ilicitud, nexo causal y criterio de imputación), consecuencias (reparación), legitimación y prescripción. Finaliza con un breve examen sobre la polémica cuestión relativa a la competencia de la jurisdicción civil en materia de medio ambiente. Se trata de un esquema tradicional, pero que el autor adapta a las especiales características del tema estudiado y en el que se introducen las novedades que han surgido sobre la materia.

Dedica el segundo capítulo de esta monografía a la *actividad dañosa*. De esta parte se puede destacar la definición de daño ambiental que realiza, así entendiéndolo por tal: aquel sufrido por una persona determinada en su persona como consecuencia de la contaminación de algún elemento ambiental, o en sus bienes, cuando forman parte del medio ambiente o cuando resultan dañados como consecuencia de la agresión al ambiente. En este sentido quizás hubiese sido más acertado referirse en vez de a responsabilidad civil por daños al medio ambiente, a responsabilidad civil por daños a personas o cosas como consecuencia de alteraciones al medio ambiente, más acorde con la definición que se establece de daño ambiental, pues en la mayoría de los casos la responsabilidad civil surge por el daño que se causa a las personas o las cosas como consecuencia de alteraciones del medio ambiente, más que por el daño causado al medio ambiente en sí mismo considerado. También resulta interesante la recopilación de sentencias que inciden sobre la idea preventiva de ulteriores lesiones y no sólo resarcitoria de la responsabilidad civil por deterioros al medio ambiente, destacando la STS de 12 diciembre de 1980 que establece la posibilidad de adoptar medidas preventivas y la competencia de la jurisdicción ordinaria para imponerlas.

En el tercer capítulo aborda el problema de la necesidad de *ilicitud* para la existencia de responsabilidad civil extracontractual. El autor considera este requisito como necesario y posteriormente, somete a examen las sentencias que niegan esta exigencia. En realidad estas sentencias, en su opinión, estaban aplicando el principio de «*alterum non laedere*», principio básico para apreciar la existencia de ilicitud en los daños medioambientales, sobre todo en los supuestos que pese al cumplimiento de las normas se aprecia responsabilidad.

A continuación examina las causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad, consentimiento de la víctima y ejercicio del propio derecho. Excluye el estado de necesidad como causa de exoneración, y ello se debe a que considera la responsabilidad civil por daños al medio ambiente una responsabilidad objetiva.

Finaliza el capítulo con una referencia al abuso de derecho como límite al ejercicio del mismo. Estima en este sentido, que el artículo 1902 y 7.2 del Código Civil están diciendo lo mismo —al menos en los supuestos de responsabilidad civil de carácter objetivo—, y sus consecuencias son similares, teniendo presente la jurisprudencia que atribuye un carácter preventivo a la responsabilidad civil por deterioros al medio ambiente. No obstante, entiende que se aplicará siempre antes del 1902, pues el TS exige para apreciar abuso de derecho que el interés lesionado no tenga protección específica. Como conclusión, afirma que el artículo 7.2 Cc nunca tendrá aplicación en materia medioambiental, pues el artículo 45 de la Constitución le atribuye protección específica. Por último resalta que no puede darse abuso de derecho porque no existe derecho a contaminar y sobre la idea de tolerabilidad, mantiene que será el juez quien en cada caso concreto establezca que es o no tolerable.

Objeto del cuarto capítulo es el *nexo causal*, que constituye otro de los elementos imprescindibles para apreciar la existencia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente. El autor reflexiona sobre la conveniencia de exigir este requisito en los supuestos de responsabilidad objetiva, y llega a la conclusión —tras un minucioso examen de la jurisprudencia— de que es indispensable la existencia de nexo causal, entre la conducta y el daño, para que nazca la responsabilidad.

También resulta interesante la diferenciación que hace entre probabilidad y posibilidad, entendiéndose que es suficiente la mera probabilidad de existencia del nexo causal para apreciar que surge responsabilidad, sin necesidad de evidencia científica.

Realiza también, en este capítulo, una recopilación de las teorías que han elaborado en derecho comparado sobre nexo causal y daños al medio ambiente. Algunas de las soluciones mencionadas pueden resultar interesantes, como la teoría de participación en el mercado o la teoría de la causa alternativa, pero como acertadamente concluye el autor, ninguna resuelve plenamente el problema de la causalidad en los daños medioambientales. Quizá se le puede objetar, el no aportar su propia teoría sobre el tema, pues nos da la crítica, pero deja la solución en el aire.

Otro tema de interés que analiza en este capítulo es el de la concurrencia de causas, problema que se agudiza en materia medioambiental donde la propia naturaleza puede contribuir de manera decisiva a agravar el daño, como por ejemplo en el viento en un incendio. En este tema Miguel Perales, siguiendo a la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, estima que al tratarse de

una responsabilidad objetiva, sólo la fuerza mayor excluiría la responsabilidad. También examina la concurrencia de culpa del perjudicado y la intervención de un tercero; para aquella es partidario de una posible moderación de responsabilidad del agente; por lo que respecta a la intervención de un tercero, sostiene la responsabilidad solidaria en los supuestos en los que no exista posibilidad de individualización de la misma. En ninguno de los dos supuestos se aparta tampoco de la opinión más generalizada de doctrina y jurisprudencia. Para finalizar el capítulo el autor se refiere a otros posibles avances en materia de nexo causal, como la presunción de causalidad de la «UmweltHG» alemana.

El capítulo quinto lo dedica al análisis del criterio de *imputación*. Esta parte constituye el eje sobre el que gira toda la obra, pues es en este momento cuando trata de demostrar que la responsabilidad civil por daños al medio ambiente es una responsabilidad objetiva, hipótesis en la que se ha basado el autor para toda su construcción anterior. En este sentido comienza por establecer cuales son las características de los daños que hacen nacer una responsabilidad objetiva (el sujeto agente es una persona jurídica, desarrollo de una actividad lucrativa, el daño se da siempre en relación con esta actividad y se trata además de actividades que conllevan un riesgo eminente) y los asocia con los daños medioambientales. Posteriormente centra su análisis en la idea de que las conductas que originan daños al medio ambiente son conductas peligrosas en si mismas, cuestión que lleva a los tribunales a aplicar la teoría del riesgo, así como la inversión de la carga de la prueba, que en muchas veces —en palabras del autor— se traduce en la objetivación de la responsabilidad por imposibilidad de demostración. Todo esto es cierto, ahora bien, se le puede objetar que si bien sus afirmaciones son correctas y están avaladas por la jurisprudencia, de estas no se puede extraer con carácter absoluto la objetivación de la responsabilidad —en el sentido de prescindir en todos los casos del elemento de la culpa—, sino una tendencia cada vez más acusada a aplicar la teoría del riesgo en la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, con sus consecuencias, a saber, exigir la máxima diligencia posible, inversión de la carga de la prueba, así como la no apreciación del cumplimiento de lo establecido en los reglamentos para eliminar la obligación de resarcir, lo que implica casi suprimir el requisito de la culpa. Pero en mi opinión, en la teoría del riesgo, en muchos supuestos en los que se aplica sigue estando presente el elemento subjetivo de la culpa; el agente sabe que su conducta es peligrosa y puede producir un daño y pese a ello continua con su actividad. Para finalizar con esta cuestión, creo que todavía resta camino por recorrer hasta que se pueda decir que en materia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente estamos ante una objetivación absoluta que elimine el requisito de la culpa en todo supuesto. En este sentido sería de desear que ello fuese así, pues supondría una considerable aportación a la protección del medio ambiente, de tanto interés en nuestros días, pero el legislador hasta ahora es reacio a ello, y sólo en determinadas leyes sobre supuestos concretos se ha aventurado a hacerlo, puede citarse como ejemplo el artículo 45 de la Ley de Energía Nuclear de 1964.

En el capítulo sexto estudia las consecuencias de la apreciación de responsabilidad, es decir, la *reparación*. El autor es partidario de tratar en la medida de lo posible que la reparación sea «*in natura*», citando jurisprudencia en esta dirección, y siendo de la opinión de impedir la elección



por parte del dañado, apreciación acertada si tenemos en cuenta, como muy bien cita, los artículos 33, 45 y 53 de la Constitución. A continuación realiza un análisis de la normativa administrativa sobre reparación de daños al medio ambiente, llegando a las siguientes conclusiones: dar preferencia a la reparación en especie, valoración al menos similar al beneficio obtenido, valoración en la sentencia y no en la ejecución, posibilidad de establecer límites a la indemnización y preferencia de la reparación respecto a la preservación de la riqueza económica nacional en los supuestos individuales de responsabilidad civil y viceversa en el supuesto de grandes desastres ecológicos.

En este capítulo introduce el tratamiento del seguro como mecanismo de reparación, con un análisis del abanico de posibilidades que se dan tanto en el derecho comparado como en el derecho español, concluyendo que no existe ninguna solución del todo satisfactoria. Enlazando con el tema de los seguros, realiza un examen de la fórmula de los denominados fondos, examen que considero exhaustivo y acertado, en la medida en que nos da un panorama general de su funcionamiento, con sus ventajas y sus inconvenientes, citando supuestos concretos de derecho comparado y en definitiva aportando un estudio sobre los mismos de los más serios realizados en nuestro país sobre un sistema, que puede ser de mucha utilidad en áreas de daños al medio ambiente en que otra forma de reparación resultaría difícil. Finaliza este apartado con una propuesta de creación de un sistema de fondos que aglutina las ventajas (carácter público, acción directa del perjudicado, necesidad de prueba del daño y nexo causal...) y en la medida de lo posible trata de desechar los inconvenientes que en la práctica se han planteado en el funcionamiento de esta forma de reparación. La aportación puede ser tenida en cuenta a medio plazo en una hipotética implantación de los fondos en nuestro sistema de responsabilidad civil por daños al medio ambiente.

El capítulo séptimo lo centra en el problema de la *legitimación activa*. La parcela de mayor interés que trata es el análisis de los supuestos en los que existen una pluralidad de víctimas, en este orden de cosas Miguel Perales analiza la posibilidad de legitimación activa de las asociaciones. En este campo, donde mayores obstáculos se presentan, es en la posibilidad de acción dañosa de una asociación en defensa del medio ambiente en general. El autor estima que no hay base para ello desde la óptica de nuestra legislación procesal, pero no se queda ahí, sino que va más allá, proponiendo una solución alternativa a través de una interpretación conjunta de los artículos 45 y 38 de la Constitución, que reconocen respectivamente, que todos tenemos derecho a un medio ambiente adecuado y las «*personas jurídicas pueden...ejercitar acciones civiles y criminales*». Pero el autor entiende que la solución más adecuada sería una ley que regulara la materia, y como no podía ser menos, indica los parámetros que deberían contenerse en una hipotética regulación normativa de la cuestión. Exige que dicha ley contenga un reconocimiento expreso e incondicional de las asociaciones para ejercitar acciones en defensa del medio ambiente, los requisitos que éstas deben reunir, así como la determinación de las posibles reclamaciones que pueda presentar la asociación y por último los supuestos en los que tendría derecho al beneficio de justicia gratuita. Dando un contenido particular, digno de elogio, a cada uno de estos aspectos.

Pone fin al capítulo séptimo con un examen de las «*class actions*» del derecho norteamericano, figura de cierto interés como posible solución a impor-

tar en los supuestos de daños medioambientales que afecten a un número elevado de personas. Miguel Perales analiza la figura de forma pormenorizada. Parte de su definición, para posteriormente establecer sus diferencias con otras figuras similares, estudia sus ventajas e inconvenientes, así como los elementos procesales (parte actora, objeto y efectos de la sentencia). El mayor obstáculo que encuentra el autor para adaptar las «*class actions*» a nuestro ámbito, sería su aplicación específica a los supuestos de daños que siempre tienen carácter personal. De Miguel trata de solucionar este problema afirmando y justificando, que la responsabilidad civil no se ciñe sólo a la reparación de daños en sentido estricto y que incluso en la reparación de daños en sentido estricto pueden darse «*class actions*». Finaliza el estudio de esta figura con una propuesta para implantar las «*class actions*» en nuestro ordenamiento, propuesta, que por lo demás, resulta del todo coherente con lo expuesto sobre las mismas.

En mi opinión dentro de este capítulo séptimo se hecha de menos una cuestión que debía haber sido examinada, me refiero a la legitimación pasiva. Tema que si bien plantea menos problemas que la legitimación activa, no por ello debe ser eliminada de un tratamiento sistemático de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente. En esta línea se debían haber tratado temas tales como la individualización de los sujetos contaminantes o la posible responsabilidad del Estado por el deterioro medioambiental. Problemas sobre los cuales encontramos alguna referencia en la monografía, pero no un tratamiento directo. Pero repito, esto no es más que una opinión particular.

El capítulo octavo lo dedica a la *prescripción*, que en materia medioambiental plantea alguna dificultad adicional como los daños sobrevenidos o continuados, y el momento a partir del cual ha de empezar acortarse el plazo. Las tres interrogantes son abordadas por el autor y solucionados de forma satisfactoria. En el caso de los daños sobrevenidos, entiende que se trata de un nuevo daño, por lo que el plazo de prescripción comenzará a correr desde que fue conocido por el perjudicado. Con respecto a los daños continuados, diferencia por un lado los que siendo consecuencia de un acto definido en el tiempo se prolongan en su desarrollo, y por otro los que son consecuencia de una serie sucesiva de hechos dañosos. Para los primeros, estima que el plazo comienza desde que lo supo el agraviado, pero serían indemnizables los daños correspondientes al año anterior a la presentación de la demanda si la presentación tiene lugar un año después de que el sujeto conociese el daño en cuestión. Con respecto al conocimiento del daño, explica que no basta el mero conocimiento si éste no va acompañado del conocimiento de la causa del mismo y el causante, pues de otra forma no habría posibilidad de ejercitar la acción.

El autor finaliza la monografía objeto de esta recensión con la referencia al tema de la competencia de la jurisdicción civil en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente. En este apartado no realiza ninguna aportación relevante, pues se limita a describirnos el estado de la cuestión y la tendencia de nuestros tribunales. Para concluir tengo que alabar esta obra, pues estamos ante un estudio notablemente riguroso sobre el tema tratado, en el que se compaginan acertadamente las abundantes referencias al derecho comparado con el examen minucioso de nuestro ordenamiento jurídico y las citas jurisprudenciales. Todo ello expresado con un lenguaje, que siendo bastante claro, no por ello pierde rigor técnico. Por lo

demás recomendaría esta obra en general a todo estudioso del derecho y en particular a los que estén centrando sus investigaciones en los problemas medioambientales.

FERNANDO MORILLO GONZÁLEZ  
Becario F.P.I.

**NUÑEZ BOLUDA, M.<sup>a</sup> de los Desamparados: «La accesión en las edificaciones».** Profesora Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesora Colaboradora Adjunta en la Universidad Pontificia Comillas (ICA-DE). Prólogo del Prof. Manuel Albaladejo García. Editorial BOSCH, S.A. Barcelona, 1994. Págs. 194.

El libro ante el cual nos hallamos constituye una seria y meditada aportación al estudio de una institución jurídica que, salvo con alguna excepción aislada, no ha recibido por la doctrina una consideración rigurosa y profunda.

La finalidad primordialmente perseguida a través de este riguroso y profundo trabajo se podría resumir en el propósito de ordenar y sistematizar una materia que adolece en su tratamiento de no pocas imprecisiones, como medio para clarificar, a través de un estudio detenido y pormenorizado, la problemática que se encierra en el contenido, en los límites, en los efectos, etc. de la figura estudiada.

«*La accesión en las edificaciones*» se limita acertadamente, como se deduce del propio título y como advierte la autora, a la denominada «accesión industrial en bienes inmuebles» y, dentro de ella, queda circunscrita a los casos en los que el fenómeno de la accesión se produce a consecuencia de la realización de obras y edificaciones. La razón de ello —nos dice— obedece a que, en comparación con otras modalidades de accesión, es ésta la que mayor interés despierta tanto en el aspecto económico como en el jurídico; lo que ha dado lugar a una abundante jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo para resolver los conflictos de intereses entre los propietarios de las dos cosas que, por la accesión, han venido a quedar inseparablemente unidas.

El primero de los capítulos de la monografía acierta al construir lo que podríamos llamar una «parte general» sobre la accesión que no es frecuente encontrar en nuestra doctrina, y en la que la autora precisa con exactitud el concepto, los elementos constitutivos y los efectos de la accesión. Integran la accesión, como elementos definidores de la figura: la unión de dos cosas pertenecientes a propietarios diferentes; la falta de acuerdo previo o de relación jurídica entre ellos que justifique la unión; y el carácter de las cosas, una de ellas accesoria respecto de la otra, que se reputa principal. Si falta alguno de tales elementos o si se añaden otros ya no estaremos en presencia de un supuesto de accesión sino ante otra figura; sin perjuicio de que para resolver el conflicto de intereses surgido puedan aplicarse, por analogía o como supletorias, las reglas de aquélla.

En relación con el último de los elementos citados, la Profesora Nuñez Boluda hace una defensa muy bien argumentada del principio *superficies solo*

*cedit*, frecuentemente denostado pero indudablemente vigente. También se plantea en este capítulo un requisito usualmente no puesto de relieve por la doctrina, cual es la necesidad de que acepte la accesión el dueño del terreno que se beneficia de ella. Se insiste en que para que se atribuya el todo resultante a uno de los titulares en conflicto —atribución que hay que considerar como el efecto primordial de la accesión— se precisa un acto de voluntad del *dominus soli*, es decir, se requiere su aceptación. Los efectos de la opción que el Código le reconoce se retrotraen a la fecha en la que se haya producido la unión inseparable.

El capítulo segundo se dedica a un estudio pormenorizado del artículo 360 del Código civil. Resulta especialmente interesante el análisis que se hace de la expresión «por sí o por otro» en el precepto citado. La autora pone de relieve que tal expresión comprende no sólo las actuaciones de las personas que usualmente se entiende incluídas en ella, sino que abarca también otros supuestos en los que se actúa *contemplatio domini*. Esta forma de actuar —la *contemplatio domini*— es lo que, a su juicio, permite deslindar los respectivos campos de aplicación de los artículos 360 y 365 del Código.

Desde el punto de vista económico, resulta sumamente interesante la última parte de este capítulo. Se aborda en ella la problemática en torno a la apreciación del valor de los materiales y al resarcimiento de daños que debe efectuar el *dominus soli* al propietario de los materiales incorporados.

El último capítulo analiza luminosa y exhaustivamente la problemática de la edificación hecha en suelo ajeno. Tomando como punto de partida la cuestión, con frecuencia olvidada, de los supuestos fácticos de posible aplicación del artículo 361, se adentra en el delicado tema de la adquisición de la propiedad de lo edificado en favor del dueño del suelo en caso de buena fe por parte del edificante.

Después de analizar las dos tesis doctrinales al respecto, se inclina en favor de la teoría que se ha denominado «de la accesión automática». Teoría más ventajosa ya que con ella se salvan los obstáculos de la postura tradicional, se elude la extraña solución del dominio dividido, cobra sentido el derecho de retención concedido al edificante y se clarifican situaciones con seguridad para el tráfico jurídico. Con todo, la autora no se adhiere a esta teoría en su rigurosa formulación sino que, con sólida argumentación, mantiene su tesis de la necesidad de aceptación de la obra realizada; aceptación que dará lugar a que los efectos de la accesión se retrotraigan al momento en que se produjo la unión indisoluble.

En este mismo capítulo se dedica una sección a un tema poco atendido por los autores que han estudiado la figura de la accesión: «los efectos de la accesión en los casos de edificante de mala fe». En ella se presta especial atención al problema del abono de los gastos necesarios cuando en el edificante concurre la cualidad de poseedor. La unidad del Código civil, señala la autora, debe dar lugar a una necesaria comunicación entre sus normas; pero como quiera que en ocasiones el Código ofrece reglas distintas, fijándose en la dicción del artículo 362 (...«el que edifica...») se inclina a defender la solución de que si «edifica» de mala fe se le deberá aplicar la normativa contenida en el precepto citado; pero si se limita a realizar reparaciones necesarias ya no podremos calificarle como «edificante», sino que habrá que considerarle primordialmente como poseedor, y por ende la normativa aplicable será la contenida en los artículos 453 y 454 del Código civil.

En resumen, una enjundiosa obra, fruto de la madurez intelectual de la autora y de su sólida y extensa formación en las diversas áreas del Derecho civil, especialmente debida a su constante dedicación a la docencia universi-

taria. Cualidades que le han permitido resolver con acierto en su monografía problemas desde siempre planteados y llamar la atención sobre otros, no siempre advertidos por la doctrina, para enfrentarse decididamente a ellos. El resultado ha sido un estudio en el que la densidad del contenido y la complejidad de los temas tratados son compatibles con la claridad de la exposición, por lo que se lee con agrado y se entiende con facilidad.

JOSÉ FERRANDIS VILELLA

**D. SCHWAB/D. HENRICH, Hersg: «Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts. Beiträge zum europäischen Familienrecht», Band 1, Bielefeld, 1994.**

El libro que se presenta bajo el título «Evolución del Derecho de la filiación europeo», constituye la primera entrega de una futura colección que pretende ocuparse del desarrollo del Derecho de familia en Europa. Con esta colección no se trata, según la pretensión confesada en el Preámbulo de la obra por el Pr. Dr. Dieter Schwab, uno de los coordinadores de la misma, ni de un mero trabajo de exposición de los sistemas jurídicos de los diferentes países europeos en materia de familia, ni de realizar una comparación más a menos aséptica entre ellos; de modo bien distinto, la labor de información y de penetración científica que se manifiesta en la obra pretende servir como cauce para la futura armonización de los ordenamientos jurídicos de Europa, también en el ámbito familiar. Es cierto, como es de sobra conocido, que el Derecho de familia no se halla en el centro de las tentativas de unificación del Derecho privado realizadas hasta ahora en Europa; dicha unificación aparece hasta el momento como una pretensión de naturaleza político-económica, lo cual explica de modo suficiente que prácticamente la totalidad de los actos de la Unión Europea que han tenido incidencia en el Derecho privado (fundamentalmente Directivas) pertenezcan a sectores de índole patrimonial. En tal sentido, si bien es correcto afirmar que la política familiar no entra dentro de las competencias comunitarias (Tal es la respuesta reciente a la Pregunta 3419/92, Sr. Elmar Brok, *DOCE*, 1993, Nr. C 162, p. 21), no cabe tampoco desconocer que desde las propias instituciones comunitarias se ha afirmado que la dimensión familiar debe ser tomada en consideración en la medida en que afecta a la aplicación de ciertas políticas comunitarias como la libre circulación de personas y a la igualdad entre el hombre y la mujer, políticas que también tienen una dimensión familiar (Resolución del Parlamento europeo sobre la Política familiar de la Comunidad, *DOCE*, 1983, Nr. C 184, p. 116; Conclusiones del Consejo y de los Ministros encargados de la familia, reunidos en el seno del Consejo de 29 de septiembre de 1989, *DOCE*, 1989, Nr. C, 277, p. 2). Todo ello aventura, sin lugar a dudas, que también en los aspectos estrictamente familiares, el destino de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea parece ser el de su recíproca aproximación. Para lograrlo, como paso previo y probablemente ineludible son muy importantes aportaciones científicas como la que ahora nos ocupa.

El primer tomo de la colección «Beiträge zum europäischen Familienrecht» que sale a la luz en 1994, se dedica como ya se ha señalado a la evolu-

ción del Derecho de la filiación en diferentes países de Europa. Su precedente inmediato se encuentra en un Simposio internacional que bajo el mismo título del libro («Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts»), tuvo lugar los días 2 y 3 de julio de 1993 en la Universidad alemana de Regensburg, si bien las contribuciones que de viva voz fueron presentadas al mencionado Simposio se completan en la obra escrita con otras que, como es el caso inglés, austriaco, suizo o español, no concurrieron a la reunión científica de 1993.

El libro se compone de once trabajos científicos, correspondientes al régimen jurídico de la filiación en otros tantos países, y un Anexo que incluye las normas jurídicas en la materia.

Cada uno de los trabajos ha sido realizado por un especialista destacado de su correspondiente país, con excepción del relativo al Derecho inglés, que ha sido elaborado por el Pr. de la Universidad alemana de Regensburg, Dr. Dieter Henrich. El propio Dieter Henrich ha realizado también la contribución correspondiente al Derecho alemán; la del Derecho belga corre a cargo del Pr. Dr. Walter Pintens, la del Derecho francés del Pr. Dr. Frédérique Ferrand, la del Derecho italiano Giovanni Gabrielli, la del Derecho austriaco, de la Pr.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Susanne Ferrari-Hofmann-Wellenhof, la del Derecho polaco por el Pr. Dr. Andrzej Dyoniak, la del Derecho sueco del Pr. Dr. Michael Bogdan, la del Derecho suizo del Pr. Dr. Cyril Hegnauer, la del Derecho español del Pr. Dr. José Manuel Lete del Río, y la del Derecho húngaro, de la Pr.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Emilia Weiss. En todos los casos se trata de contribuciones que desean mostrar las líneas de desarrollo que ha experimentado el Derecho de la filiación en los respectivos ordenamientos en los últimos años y las perspectivas que aquél presenta para el futuro. Los diferentes artículos tienen una estructura sencilla, en la que ni abundan las citas de autores ni se contienen interminables referencias jurisprudenciales, limitándose en ambos casos a las imprescindibles. La lectura confrontada de las dichas contribuciones pone de manifiesto que en el vigente Derecho de la filiación de los países europeos se dan notables constantes, sin que dejen de existir ciertas diferencias. Así, por ejemplo, entre las primeras cabe destacar que prácticamente en todos ellos se han producido reformas legislativas relativamente recientes que, en mayor o menor medida, afectan a la filiación; que en todos los casos el legislador y el aplicador del Derecho manifiestan una sensibilidad muy particular por los hijos cuyos padres no están unidos por matrimonio o que, habiéndolo estado, se han divorciado o separado, y que también en todos los países se pretende conseguir, por una u otra vía, el mayor grado de equiparación posible entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Es de notar, sin embargo —y con ello entramos en las diferencias— que en el estricto ámbito de la letra escrita, todavía son muchas las legislaciones positivas que estructuran su Derecho de la filiación sobre la base de la dicotomía hijo matrimonial-hijo extramatrimonial; tal es el caso, por ejemplo, de Alemania.

Como Apéndice a las aportaciones científicas y con el fin de elevar el valor informativo de la obra, ya se ha dicho que se adjunta en ésta una relación de las normas jurídicas más importantes relativas al Derecho de la filiación de los diferentes países europeos de los que, previamente, se incluyen artículos. Todas ellas aparecen traducidas al alemán. Se exceptúan de dicho Apéndice los preceptos de los sistemas suizo, austriaco y alemán de los que, probablemente, la mayor parte de los lectores del presente volumen podrán disponer por múltiples vías.

En resumen se trata de un libro muy acertado que constituye el primer paso en la materialización de un proyecto aún más acertado, cual es de conocer más y mejor el mundo jurídico-privado europeo, para lograr a través de dicho conocimiento su recíproca e inexorable convergencia.

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

**TREITEL, G. H.: «The Law of Contract», 8th edn, reprinted, Sweet & Maxwell/Stevens & Sons, London, 1993, págs. 956.**

Esta obra, cuya primera edición se remonta a principios de los años sesenta, es sin lugar a dudas uno de los principales manuales ingleses de Derecho de contratos. Su relativa «antigüedad» no ha sido obstáculo para que a lo largo de las sucesivas ediciones se hayan introducido los casos más recientes resueltos por los Tribunales y, por consiguiente, se hayan reescrito partes importantes de su contenido. Su vigencia es, por tanto, absoluta y puede recomendarse como adecuado instrumento de estudio del Derecho anglosajón en materia contractual.

Frente a la costumbre de los manuales españoles de empezar la exposición del contrato con los elementos esenciales del mismo, el libro de Treitel inicia su andadura analizando el acuerdo o *agreement*, que considera alcanzado cuando una parte acepta la oferta hecha por la otra. Esto implica considerar qué se entiende por oferta, a quién tiene que dirigirse y cómo debe realizarse (los objetos expuestos con indicación de su precio en el escaparate de una tienda, por ejemplo, no constituyen una oferta de venta, sino una invitación al cliente para que éste haga una oferta de compra, al menos en la formulación tradicional del Derecho inglés la cual ha sido sometida a distintas matizaciones). También supone determinar el alcance del término aceptación (*acceptance*) o asentimiento a los términos de una oferta y, por lo tanto, adentrarse en el análisis de la comunicación de dicha aceptación. En efecto, existe la regla general de que ninguna aceptación produce efectos hasta que se comunique al oferente, aunque se citan como excepciones la comunicación al agente del oferente, la propia conducta de éste o la aceptación por carta, haciéndose una breve mención a la Ley Uniforme sobre venta internacional de mercaderías de 1967 (*Uniform Law on International Sales Act 1967*) y a la Convención de Viena. La terminación de la oferta, por su parte, puede producirse por la retirada de la misma, por el rechazo de aquél a quien va dirigida, por el transcurso de un período razonable de tiempo, por el incumplimiento de una condición, por fallecimiento de cualquiera de las partes o por incapacidad sobrevinida.

Pero un acuerdo no da lugar a un contrato obligatorio si carece de «certidumbre» (*certainty*), es decir, si es obviamente incompleto o demasiado vago en sus términos. La vaguedad de éstos podrá resolverse por la costumbre, la «razonabilidad» (*reasonableness*) o los usos comerciales, porque existe un deber de resolver dicha incertidumbre; mientras que el carácter incompleto del acuerdo puede deberse a que se ha asentido a materias esenciales del futuro contrato pero sin fijar algunos puntos importantes o a que expresamente se

requiere un acuerdo más detallado sobre determinadas cuestiones dejadas sin resolver.

Una de las partes más extensas del libro es el capítulo 3, que trata de la *consideration* o requisito imprescindible para que una promesa pueda ser considerada como fundamento de un contrato salvo que sea hecha en un *deed* (documento escrito que ha sido firmado, sellado y entregado a las partes para dar testimonio del acuerdo alcanzado por ellas). La *consideration* debe consistir en algo de valor *in the eye of the law* que procede de la persona destinataria de la promesa y se dirige al promitente, de tal forma que pretende distinguir las promesas onerosas de las simplemente gratuitas. Estas requieren determinadas formalidades para intentar evitar un posible perjuicio a terceros como pueden serlo los acreedores del promitente, ya que una promesa gratuita e informal no equivale a un contrato. Pero no siempre la conducta de una persona puede considerarse que proporciona *consideration* respecto a la promesa que se le hace, porque puede tener su fundamento en una obligación legal o en un contrato concluído con el mismo promitente o con un tercero. A pesar de este punto de vista, en *Ward v. Byham* se estimó que una madre que se ocupaba del cuidado y atención de su hija (una obligación legal o *statutory duty*) podía hacer efectivo el cumplimiento de la promesa del padre de la niña, se trataba de una hija ilegítima, de pagar una cantidad semanal si se acreditaba dicha atención. Entre los casos especiales de promesas analizadas en la parte final del capítulo pueden citarse las promesas defectuosas, los contratos unilaterales, los créditos irrevocables a favor de un vendedor o las fianzas gratuitas, sean éstas últimas en beneficio del fiado o del fiador.

Aunque Treitel comienza el estudio de la forma de los contratos con el enunciado y justificación de la regla general de que se rigen por el principio espiritualista, a continuación alude a sus numerosas excepciones: los contratos que deben formalizarse en un *deed* (los arrendamientos por tiempo superior a tres años, por ejemplo), los que deben constar por escrito (compraventa a plazos) y aquéllos en los que la escritura es, utilizando nuestra terminología, un requisito *ad probationem*. Este es el supuesto de un contrato de seguro marítimo, el cual tiene que constar en una póliza firmada por el asegurador con los requisitos de la *Marine Insurance Act* de 1906. El requisito más simple, en cambio, de una nota o memorandum que la Ley de Fraudes de 1677 viene exigiendo para evitar reclamaciones fraudulentas basadas en pruebas falsas abarca principalmente los contratos de garantía (*contracts of guarantee*); sin embargo, esa ley sólo se aplica cuando un tercero se compromete con el acreedor a pagar la deuda, no si la promesa del tercero se hace al deudor. Los requisitos del memorandum citado han sido establecidos tanto por el Parlamento como por los Tribunales.

Los contratos de adhesión o *standard form contracts* en la terminología anglosajona se justifican en opinión del autor por el ahorro de tiempo que suponen en determinados sectores de la contratación (especialmente frecuentes en banca, transporte y seguros) y por la posibilidad que ofrecen de determinar por adelantado los riesgos contractuales. Esto se relaciona con la existencia y el alcance de las cláusulas de exención de responsabilidad. Una cláusula de este tipo debe ser incorporada al contrato mediante firma (la persona que firma un contrato se vincula a su contenido aunque no lo lea), aviso o *notice* (si se contiene en un documento simplemente entregado por una de



las partes a la otra) o si ha sido objeto de una negociación concreta (*part of a consistent course of dealings*) y en su inclusión hay que tener en cuenta, como sucede en nuestro Derecho, la regla *contra proferentem*: *if the words are ambiguous they are construed in the way least favourable to the party relying on them*. Naturalmente, la regla no se aplica con idéntico rigor a las cláusulas que simplemente limitan la responsabilidad que a aquéllas otras que pretenden excluirla totalmente. En la actualidad el estudio de las cláusulas de exención no puede realizarse sin tener en cuenta la Ley de cláusulas abusivas de los contratos de 1977 (*Unfair Contract Terms Act*), la cual se aplica a las relaciones entre un consumidor (éste no actúa en el transcurso de un negocio o *business*) y un empresario. La ley considera algunas de las cláusulas de exención como inefectivas, mientras que otras las somete al requisito de la «razonabilidad». Entre las primeras están las cláusulas de exención o limitación de responsabilidad por muerte o daño causado a las personas proveniente de negligencia, así como las garantías que los fabricantes deben prestar a los clientes o consumidores; y entre las segundas las relativas a la responsabilidad por negligencia que cause un daño distinto de la muerte o los daños personales.

A pesar de que el término ilegalidad (*illegality*) resulta confuso en su formulación, Treitel clasifica los contratos ilegales en dos categorías: los que implican la comisión de una infracción (*wrong*) legal y los contrarios a la política pública. A su vez, dentro de esta última estudia por separado los contratos que tienen por objeto prácticas restrictivas de la competencia. Entre los contrarios a la política pública se encuentran los acuerdos para una futura separación entre esposos que todavía viven juntos, los que restringen la libertad de una persona para contraer matrimonio, los que tienen por objeto promover la inmoralidad sexual (*meretricious purposes*) o los que interfieran el curso de la justicia. Las limitaciones legales a las prácticas restrictivas de la competencia se plasman en la *Restrictive Trade Practices Act* de 1976 (prohibición de los acuerdos entre suministradores para fijar los precios, por ejemplo) y en el art. 85 del Tratado de Roma, que intenta evitar la prevención, restricción o distorsión de la competencia dentro del Mercado Común. El estudio de los efectos de la ilegalidad completa esta materia en el capítulo 11, ilustrándola con numerosas decisiones jurisprudenciales como es habitual a lo largo de todo el libro.

La doctrina de la relatividad del contrato (*privity of contract*) implica como regla general que una persona no puede adquirir derechos ni verse sometido a responsabilidad que surjan de un contrato en el que no es parte. La tesis así expuesta admite diversas matizaciones (analizadas en el capítulo 15), ya que el deber de cuidado o *care* puede ser debido por una de las partes contratantes a favor de un tercero y, además, la actuación en nombre de otra persona puede ser relativamente frecuente y producir un sin número de relaciones jurídicas. Esto constituye la agencia, que requiere un acuerdo entre principal y agente para que éste pueda actuar en su nombre. A menudo ese acuerdo es un contrato, pero también puede no alcanzar dicha categoría cuando una de las partes carece de capacidad contractual o porque no existe *consideration*. La agencia exige la intención de actuar en nombre del principal, la capacidad para consentir aunque su capacidad contractual sea limitada, el acuerdo expreso o tácito (la autoridad aparente y la usual cuando no hay realmente acuerdo) y la ratificación cuando el agente realiza un acto no autorizado previamente por su principal. Esta ratificación, que asimismo puede ser

expresa o tácita, sólo será efectiva si el agente da a entender que actúa en nombre del principal, si éste existe en el momento en que el acto ha sido realizado y si la ratificación mencionada se produce «en tiempo» (nadie puede asegurar su propiedad, una vez que ha sido destruída).

La parte final del libro se dedica al incumplimiento (*breach*) del contrato y sus efectos, a la frustración (*frustration*) por ser imposible su cumplimiento o existir una prohibición sobrevenida y a los remedios que intentan paliar las consecuencias de dicho incumplimiento. En este sentido la acción por daños es analizada exhaustivamente y, a continuación, la acción dirigida a recuperar la cantidad pagada por la prestación incumplida (*action for an agreed sum*).

Llegados al término de este comentario, necesariamente incompleto, de la obra de Treitel sólo cabe reiterar lo se ha dicho al comienzo del mismo. Es una obra clásica, que destaca por la amplitud de las cuestiones estudiadas y por el empleo constante de la jurisprudencia (una tabla de casos precede al contenido del libro). Constituye, en definitiva, una referencia ineludible para quien desee profundizar en el Derecho contractual inglés.

JAVIER LETE ACHIRICA



## Revistas españolas

A cargo de: Isabel ARANA DE LA FUENTE

**SUMARIO:** I. Derecho Civil: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de Familia. 7. Derecho de Sucesiones.— II. Derecho Mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.— III. Derecho urbanístico.— IV. Derecho comunitario.— V. Derecho procesal.— Abreviaturas.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. INTRODUCCION

1. **ALVAREZ RODRIGUEZ, Aurelia:** Competencia de los Tribunales españoles. Atribución de competencia judicial internacional con carácter exclusivo para conocer de un proceso sobre nulidad de patente inscrita en España. Determinación del domicilio de las personas jurídicas extranjeras. Determinación del tribunal territorialmente competente en ausencia de domicilio del demandado en España: libre elección del demandado. Determinación de la legislación aplicable: artículo 10.4 CC. Remisión a la legislación española de patentes en ausencia de Tratado internacional obligatorio para España y EE. UU., (Comentario a la STS de 28 de enero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 415 y ss.

2. **CERDA GIMENO, José:** Las primeras Sentencias civiles del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, RJN, núm. 9, enero-marzo 1994, pp. 173 y ss.

3. **CLEMENTE MEORO, Mario E.:** Las competencias de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil, RGD, mayo 1994, pp. 4923 y ss.

4. GARCIA GALAN, Antonio y JUANES PECES, Angel: El Fuero de Baylío, Poder Judicial, Número especial XVI, pp. 51 y ss.

5. NAVAS NAVARRO, Susana: La competencia en «materia civil» de la Generalidad de Cataluña, RDP, octubre 1994, pp. 874 y ss.

6. SANDE GARCIA, Pablo: El Derecho civil de Galicia: Una actuación imposible a la luz de la Historia, RGD, junio 1994, pp. 6499 y ss.

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

7. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: Incapacitación y tutela: designación de persona jurídica. Defensor judicial. Designación de tutor en procedimiento de incapacitación, (Comentario a la STS de 22 de julio de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 973 y ss.

8. BORRAS, Alegría: El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado, RJC, 1994-4, pp. 915 y ss.

Discurso de ingreso en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

9. CARRERAS MARAÑA, J. Miguel: La constitución de la tutela y la designación de tutor: su determinación en la propia sentencia de incapacitación (Comentario a la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993), La Ley, 1994-1, pp. 1161 y ss.

10. CASAS VALLES, Ramón: Publicación no consentida de fotografías comprometidas de persona de proyección pública. Derechos a la intimidad y a la propia imagen (Comentario a la STS de 17 de julio de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 923 y ss.

11. CELAYA IBARRA, Adrián: La vecindad civil en Vizcaya tras las últimas reformas, RDP, julio-agosto 1994, pp. 619 y ss.

12. CREMADES SANZ-PASTOR, Juan Antonio: La publicidad del abogado, La Ley, 1994-2, pp. 1121 y ss.

13. DIEZ GOMEZ, Aurelio: Reforma del artículo 54 de la Ley del Registro Civil, RJN, núm. 9, enero-marzo 1994, pp. 9 y ss.

14. DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre el estado civil durante el año 1993, *Actualidad Civil*, núm. 27 de 1994, pp. 501 y ss.

15. ESPIN ALBA, Isabel: Algunas reflexiones acerca del artículo 17.1 del Código Civil, *Actualidad Civil*, núm. 41 de 1994, pp. 829 y ss.

16. FREIXES I MONTES, Jordi: Els drets dels estrangers: especial referència a l'entrada i permanència en territori espanyol, *RJC*, 1994-4, pp. 993 y ss.

17. GARCIA, Carmen: Recurso de amparo. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Revisión judicial tasada de los laudos arbitrales, (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 1993), *CCJC*, núm. 34 de 1994, pp. 53 y ss.

18. GARCIA RUBIO, María Paz: La doble nacionalidad en el Ordenamiento Jurídico español, *RDP*, septiembre 1994, pp. 731 y ss.

19. JIMENA QUESADA, Luis: La libertad de expresión y los abogados a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (Acercas de la Sentencia Casado Coca contra España, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de febrero de 1994), *RGD*, septiembre 1994, pp. 9469 y ss.

20. JIMENA QUESADA, Luis: La libertad de creación de medios de comunicación en la jurisprudencia constitucional: el caso particular de la televisión por cable y el vídeo comunitario (acercas de la Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1994, de 31 de enero, 47/1994, de 16 de febrero, y 98/1994, de 11 de abril), *RGD*, octubre-noviembre 1994, pp. 10873 y ss.

21. MONTES PENADES, Vicente L.: Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida, *Actualidad Civil*, núm. 47 de 1994, pp. 957 y ss.

22. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: Jurisprudencia reciente sobre los derechos al honor, intimidad e imagen, *Actualidad Civil*, núm. 1 de 1995, pp. 1 y ss.

23. PAZ RUBIO, José María: La Ley de Extranjería, Poder Judicial, Número especial XVI, pp. 113 y ss.

24. ROMERO COLOMA, Amelia María: El honor y la libertad de expresión en la Constitución española de 1978 y en la doctrina del Tribunal Constitucional, *La Ley* 1994-2, pp. 951 y ss.

25. SALVADOR CODERCH, Pablo, LLOVERAS FERRER, March Roger y SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles: Error en la identidad

de una persona que aparece fotografiada en los carteles de una campaña institucional del Ministerio del Interior contra el terrorismo. Derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de la persona objeto de la confusión. Incompetencia de la jurisdicción civil y competencia de la contencioso-administrativa, (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 19 y ss.

26. SANCHEZ FERRIZ, Remedio: Un año de jurisprudencia constitucional sobre la información. ¿Consolidación o cambio de la doctrina anterior?, RGD, MAYO 1994, pp. 5033 y ss.

27. TORRES GARCIA, Teodora F.: Vecindad civil vizcaína: adquisición. Fraude de ley. Testamento por comisario, (Comentario a la STS de 5 de abril de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 787 y ss.

28. VIDAL MARTINEZ, Jaime: La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida, RGD, septiembre 1994, pp. 9523 y ss.

29. VIÑAS FARRE, Ramón: La Ley sobre nacionalidad andorrana. Repercusión de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 1994, RJC, 1994-4, pp. 1057 y ss.

### 3. PERSONA JURIDICA

30. MARIN LOPEZ Juan José: Derecho fundamental de asociación: sobre la causa de expulsión; ámbito de intervención judicial (Comentario a la STS de 21 de marzo de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 769 y ss.

31. MARIN LOPEZ, Juan José: Asociación de propietarios: legitimación activa para ejercitar la acción de cumplimiento de contrato, CCJC, (Comentario a la STS de 18 de mayo de 1993), núm. 33 de 1993, pp. 781 y ss.

32. MARIN LOPEZ, Juan José: Derecho fundamental de asociación: asociación de trabajadores autónomos. Asociación de segundo grado; separación de la asociación adherida: libertad negativa de asociación, (Comentario a la STS de 15 de julio de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 887 y ss.

### 4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

33. ABRIL CAMPOY, Juan Manuel: El derecho de retención en le ordenamiento jurídico catalán, RCDI, núm. 624, septiembre-octubre 1994, pp. 1885 y ss.

34. AFONSO RODRIGUEZ, María Elvira: *Compraventa*. Arras: ineficacia, (Comentario a la STS de 14 de mayo de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 765 y ss.

35. AGRAMUNT HERRAEZ, Inmaculada I.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado sobre la transmisión del síndrome de inmunodeficiencia humana (SIDA)*. Unica donación de un hemobanco privado, RGD, julio-agosto 1994, pp. 7813 y ss.

36. ALVAREZ MORENO, María Teresa: *Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores* (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 17 de julio de 1993), RDP julio-agosto 1994, pp. 659 y ss.

37. ALVAREZ OLAYA, María del Pilar: *Arrendamiento urbano: exención de la prueba de la necesidad para la denegación de prórroga por parte de la Iglesia Católica y las Corporaciones de Derecho Público; principio de igualdad ante la ley; derecho a la tutela judicial efectiva; principios de bilateralidad y contradicción; naturaleza de la exención*, (Comentario a la sentencia del TC 340/1993, de 16 de noviembre), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 1083 y ss.

38. BARBANCHO TOVILLAS, Francisco José: *El concepto «perjuicio» en la deuda solidaria y su extensión al conjunto de deudores solidarios*, RCDI, núm. 622, mayo-junio 1994, pp. 867 y ss.

39. BARRAL VIÑALS, Inmaculada: *Donación de concesión administrativa de uso privativo de sepultura. Donación como negocio dispositivo. Requisito de forma en la donación de inmuebles. Donación de cosa ajena: falta de legitimación*, (Comentario a la STS de 25 de octubre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 109 y ss.

40. BELLO JANEIRO, Domingo: *Opción de compra en contrato de arrendamiento de industria: carácter oneroso o gratuito de la opción. Necesidad del consentimiento de ambos cónyuges si recae sobre bienes gananciales; sanción en caso de ausencia del consentimiento de uno de los esposos: anulabilidad o nulidad radical*, CCJC, (Comentario a la STS de 18 de junio de 1993), núm. 33 de 1993, pp. 843 y ss.

41. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: *Responsabilidad del productor por daños al consumidor: responsabilidad objetiva, nexo causal, caso fortuito; culpa del consumidor. Condena en costas*, (Comentario a la STS de 23 de junio de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 863 y ss.

42. BLANQUER UBEROS, Roberto: *El proyecto de ley de Arrendamientos Urbanos. Comentarios y observaciones*, La Ley, 1994-2, pp. 987 y ss.



43. BONET NAVARRO, Angel: Cumplimiento del contrato de obras y reclamación del precio no pagado por el propietario al contratista. Petición reconvenzional de resolución de contratos y abono de daños y perjuicios por no haber terminado la obra y terminación de las unidades no realizadas. Litispendencia por haber sido objeto de reclamación judicial anterior pendiente la indemnización que constituía el objeto de la reconvencción. Cosa juzgada sobrevenida; estimación de oficio, (Comentario a la STS de 27 de diciembre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 269 y ss.

44. BONET NAVARRO, Angel: Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio por causa de obras in consentidas. Excepción de falta de legitimación pasiva. Planteamiento de varias excepciones alternativamente. Indebida imposición de costas en la primera instancia al actor al estimarse sólo una de las excepciones propuestas por la demandada. Incongruencia. Indefensión por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. No fijación del documento del que resulte el dato con literosuficiencia para señalar el error en la apreciación de la prueba, (Comentario a la STS de 15 de febrero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 591 y ss.

45. BREL PEDREÑO, América: Los privilegios del asegurador y la calificación de su crédito, RGD, abril 1994, pp. 3181 y ss.

46. CABALLERO LOZANO, José María: Arrendamiento rústicos históricos: acceso a la propiedad. Exclusión del régimen de la LAR: fincas con valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a los de su misma calidad y cultivo; modo de advenir esta circunstancia, (Comentario a la STS de 20 de diciembre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 257 y ss.

47. CALZADA CONDE, María de los Angeles: Seguro voluntario de responsabilidad civil. Acción directa. Excepciones oponibles. Las cláusulas de exclusión de riesgos no son «cláusulas limitativas». Condiciones generales. Aprobación administrativa de póliza uniforme. Carencia de valor normativo. Su posible valor como usos normativos, (Comentario a la STS de 9 de febrero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 526 y ss.

48. CARRASCO PERERA, Angel: Seguro de caución: solidaridad entre tomador y asegurador. Representación: defecto de poder y ratificación, (Comentario a la STS de 25 de febrero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 629 y ss.

49. CLIMENT DURAN, Carlos: La prescripción de la acción para exigir responsabilidad civil extracontractual derivada de un proceso penal sobreseído (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 220/1993, de 30 de junio), RGD, abril 1994, p. 3187 y ss.

50. CLIMENT DURAN, Carlos: La responsabilidad bancaria por el pago de cheques falsificados, RGD, mayo 1994, pp. 4947 y ss.

51. COLINA GAREA, Rafael: Mantenimiento de la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento urbano celebrado con anterioridad a la vigencia del RDL 2/1985, de Medidas de Política Económica. Posible violación del contenido esencial de la propiedad privada; libertad de empresa para el caso del arrendamiento de local de negocio. Posible vulneración del principio de igualdad formal; diferencia de trato introducida por el RDL 2/1985 para los contratos de arrendamiento concertados con posterioridad a esa fecha, (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 735 y ss.

52. CORDERO LOBATO, Encarna: Embargo de créditos y tercería de mejor derecho fundada en el privilegio refaccionario, (Comentario a la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1993), Poder Judicial, núm. 33, marzo 1994, pp. 387 y ss.

53. CORDERO LOBATO, Encarna: Prelación de créditos. Tercería de mejor derecho. Conflicto entre privilegio salarial del artículo 32.3 ET y una anotación preventiva de embargo sobre bienes muebles, (Comentario a la STS de 1 de febrero de 1964), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 443 y ss.

54. CRISTOBAL MONTES, Angel: Justificación y naturaleza jurídica de la obligación alternativa, RDP, junio 1994, pp. 545 y ss.

55. CRISTOBAL MONTES, Angel: Momento de la elección en las obligaciones alternativas, RCDI, núm. 624, septiembre-octubre 1994, pp. 1927 y ss.

56. CUESTA SAEZ, José de la: Acceso a la propiedad de finca rústica arrendada antes del 11 de agosto de 1942. Documento auténtico. Calidad de cultivador personal, (Comentario a la STS de 26 de febrero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 639 y ss.

57. DAVO ESCRIVA, José María: La nulidad de los contratos sometidos a condición puramente potestativa, RGD, septiembre 1994, pp. 9121 y ss.

58. DIAZ FRAILE, Juan María: La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993, RCDI, núm. 622, mayo-junio 1994, pp. 1023 y ss.

59. EIZAGUIRRE, José María de: De nuevo sobre el contrato de cuenta corriente, RDBB, núm. 54, abril-junio 1994, pp. 339 y ss.

60. ESCUDERO ESPINOSA, Francisco: Criterios jurisprudenciales para la determinación de las competencias y obligaciones de los profesionales de la edificación, RDP, mayo 1994, pp. 425 y ss.

61. ESCUDERO ESPINOSA, Juan Francisco: La transmisión «inter vivos» del contrato de arrendamiento de vivienda en el Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos de 28 de diciembre de 1992, RCDI, mayo-junio 1994, pp. 1001 y ss.

62. ESPIN ALBA, Isabel: Responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual (contrato de hospedaje). Regulación aplicable, (Comentario a la STS de 1 de febrero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 453 y ss.

63. FERNANDEZ ARROYO, Margarita: Enriquecimiento injusto: procede en la enajenación forzosa de la finca previamente edificada por el «dominus soli» cuando se omite la tasación de la edificación para la determinación del precio que ha de servir de tipo a la subasta. Inaplicación analógica respecto de las normas de la accesión. Abuso de derecho, (Comentario a la STS de 4 de junio de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 823 y ss.

64. FERNANDEZ ARROYO, Margarita: Venta de cosa ajena. Inoponibilidad de la revocación del poder no inscrita en el Registro Mercantil. No cabe subsumir en la figura de la doble venta la venta que se perfecciona después de haberse consumado la primera, (Comentario a la STS de 3 de marzo de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 647 y ss.

65. FERNANDEZ CAMPOS, Juan Antonio: Calificación de un contrato de cesión de terreno para su cultivo. Aparcería o arrendamiento. Exclusión de la aplicación de la LAR. Remisión al Derecho común del artículo 4.1 de la LAR, (Comentario a la STS de 28 de julio de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 1003 y ss.

66. FERNANDEZ CAMPOS, Juan Antonio: Condiciones de aplicación del artículo 1.110: el recibo del capital sin reserva de los intereses extingue éstos; prescripción de la acción para el cobro de intereses. Intereses legales de suma litigiosa. Error en la apreciación de la prueba. Cuestión nueva, (Comentario a la STS de 3 de febrero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 477 y ss.

67. FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO ALVAREZ-OSSORIO, Carmen: Venta de cosa hereditaria sin el concurso del coheredero minoritario: ineficacia transmisiva y validez obligacional; venta de cosa ajena. Congruencia. Competencia. Cuestión nueva, (Comentario a la STS de 31 de enero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 431 y ss.

68. GARCIA RUBIO, María Paz: Prohibición de disponer u obligación de no disponer. Licitud del pacto de destino y de no enajenar. Cumplimiento del mismo. Incidencia de un Plan Parcial de Urbanización en el desenvolvimiento de un contrato privado, (Comentario a la STS de 26 de julio de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 991 y ss.

69. GARCIA RUBIO, María Paz: Calificación de cesión de créditos, cesión de contrato, subcontrato. Resolución e indemnización de daños, (Comentario a la STS de 5 de marzo de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 675 y ss.

70. GAVIDIA SANCHEZ, Julio Vicente: Contrato de opción de compra: ejercicio de la opción mediante el silencio: ¿opción de compra o compra con facultad de desistir? Opciones sucesivas en cadena: ¿concesión de una opción nueva o cesión de la misma opción? La buena fe como exigencia de la alegación de la condición de tercero, (Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 191 y ss.

71. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: Indivisibilidad y solidaridad. Demanda de elevación a escritura pública reclamada por uno de los compradores. Legitimación procesal, (Comentario a la STS de 26 de enero de 1994), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 347 y ss.

72. GOMEZ MENDOZA, María: Naturaleza jurídica de las tarjetas de crédito, sus clases y carga de la prueba en el supuesto de extracciones en cajeros automáticos, (Comentario a la sentencia de 20 de mayo de 1993 de la A.P. de Ciudad Real, Sala 23), RDBB, núm. 54, abril-junio 1994, pp. 483 y ss.

73. GONZALEZ CARRASCO, María del Carmen: Representación aparente. Resolución de contrato de arrendamiento por obras inconcensadas. Autorización para la realización de las obras en el inmueble arrendado otorgada por uno de los coarrendadores en nombre propio y en el de los demás. Buena fe. Personalidad jurídica, (Comentario a la STS de 19 de octubre de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 1071 y ss.

74. GONZALEZ LEON, Carmen: Traspaso de local de negocio: nulidad por error. Requisitos del error. Extensión de la nulidad a contratos conexos, (Comentario a la STS de 14 de febrero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 549 y ss.

75. GONZALEZ-MENESES, Manuel jr.: Sobre la llamada «causa fiduciae» (Divagaciones de un opositor aburrido), RJN, núm. 9, enero-marzo 1994, pp. 419 y ss.

76. GORDILLO CAÑAS, Antonio: Contrato de lotería: cesión del crédito resultante del mismo para jugador y subcontrato de lotería. Naturaleza jurídica de las participaciones. Presunción de buena fe posesoria y protección del tercero adquirente de buena fe de bienes muebles, (Comentario a la STS de 9 de octubre de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 1047 y ss.

77. GRAMUNT FONBUENA, María Dolores: Mora solvendi; alcance del principio «in illiquidis non fit mora», (Comentario a la STS de 17 de febrero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 611 y ss.

**78. GULLON BALLESTEROS, Antonio:** En torno a las nuevas formas de garantía, AAMN, tomo XXXIII, pp. 323 y ss.

Texto de la conferencia, pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, en torno a la denominada garantía a primera demanda.

**79. HERNANDEZ IZAL, Santiago:** La responsabilidad del propietario del buque en el supuesto de contaminación marina por hidrocarburos, RJC, 1994-3, pp. 723 y ss.

**80. HERRADA ROMERO, Rafael Ignacio:** Reflexiones sobre la caracterización jurídica del contrato de garaje, RDP, octubre 1994, pp. 827 y ss.

**81. JORDANO FRAGA, Francisco:** Responsabilidad de un hotel por la custodia de joyas y dinero entregados por unos clientes durante su estancia en él. Prueba del alcance de la sustracción o pérdida padecida, (Comentario a la STS de 27 de enero de 1994), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 357 y ss.

**82. LEON LEON, Francisco:** La irrevocabilidad del mandato: un problema no resuelto o ante una aporía jurídica, RDP, mayo 1994, pp. 411 y ss.

**83. LETE DEL RIO, José Manuel:** Arrendamientos rústicos: Arrendamientos históricos: acceso a la propiedad: derecho de adquisición forzosa. Derecho civil de Galicia: lugar acasariado, (Comentario a la STS de 29 de noviembre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 167 y ss.

**84. MALUQUE DE MOTES, Carlos:** Compraventa: pago de precio. Saneamiento por vicios ocultos. Caducidad de la acción por vicios ocultos. Distinción vicios-incumplimiento de contrato. La buena fe en las relaciones económicas, (Comentario a la STS de 17 de febrero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 603 y s.

**85. MARIN GARCIA DE LEONARDO, María Teresa:** Sustituto, subapoderado y auxiliar: Una interpretación de los artículos 1721 y 1722 del Código Civil, RJN, núm. 8, octubre-diciembre 1993, pp. 65 y ss.

**86. MARTIN PEREZ, José Antonio:** Contrato de compraventa de vivienda de protección oficial: validez de estipulaciones contrarias a normas administrativas; autonomía de la voluntad. Resolución por incumplimiento, (Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1994), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 167 y ss.

**87. MARTIN SANTISTEBAN, Sonia:** Presupuestos y requisitos en la aplicación de la acción rescisoria por fraude de acreedores: su evolución en la doctrina jurisprudencial reciente del Tribunal Supremo (Comenta-

rio a las Sentencias de 6 de abril de 1992 y 28 de octubre de 1993), RGD, septiembre 1994, pp. 9143 y ss.

88. MARTINEZ-CALCERRADA, Luis: El contrato de abono a espectáculos públicos, con especial referencia al abono taurino, La Ley, 19941, pp. 1087 y ss.

89. MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos: La rescisión por lesión en Derecho Navarro, RDP, junio 1994, pp. 507 y ss.

90. MARTINEZ SANCHIZ, José Angel: El incumplimiento resolutorio en la reciente doctrina del Tribunal Supremo. RJN, núm. 9, enero-marzo 1994, pp. 19 y ss.

91. MONTSERRAT VALERO, Antonio: Acción rescisoria por fraude de acreedores: subsidiariedad e incompatibilidad con la acción de nulidad por simulación. Necesidad de un interés para pedir la acción de nulidad, (Comentario a la STS de 14 de diciembre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 233 y ss.

92. MORALES MORENO, Antonio Manuel: Compraventa de local para instalar un supermercado; existencia de normas que impiden ese destino. Error de compradores: carácter esencial, excusabilidad (error imputable al vendedor). Nulidad de contrato: restitución. Incumplimiento («aliud pro alio»); Resolución, (Comentario a la STS de 18 de febrero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 617 y ss.

93. MORENO CARRILLO, José: Situación actual de la responsabilidad civil, RGD, julio-agosto 1994, pp. 7739 y ss.

94. MORENO MARTINEZ, Juan Antonio: Nulidad de contratos celebrados por progenitor sin autorización judicial. Efectos de la declaración de nulidad. Inaplicabilidad al caso de la cesión invertida. Defensor judicial: facultades, (Comentario a la STS de 10 de marzo de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 717 y ss.

95. MORO ALMARAZ, M.<sup>a</sup> Jesús: Renta. (Artículos 17 y 21 del Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos de 21 de febrero 1994), Actuality Civil, núm. 37 de 1994, pp. 755 y ss.

96. PARRA LUCAN, María de los Angeles: Daño moral por incumplimiento contractual: falta de concertación de seguro de accidentes. Responsabilidad de centro educativo por accidente de alumna (muerte) ocurrido durante la realización de un curso de idiomas en el extranjero, (Comentario a la STS de 15 de febrero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 567 y ss.

97. PASQUAU LIAÑO, Miguel: Derecho de tanteo y perfección del contrato: la consideración de la notificación «ex» artículo 87 de la LAR como una oferta contractual; carácter del plazo para el ejercicio del derecho de tanteo. Arrendamiento rústico; calificación del contrato y normativa aplicable; interpretación del artículo 7 de la LAR. Incongruencia, (Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 1023 y ss.

98. PETIT SEGURA, Miguel Ángel: Compraventa simulada. Simulación relativa. Donación de inmueble encubierta. Validez. Escritura pública. Revocación por ingratitud, (Comentario a la STS de 13 de diciembre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 205 y ss.

99. QUILES BODI, Francisco Javier: Acerca de la previsible nueva regulación de los arrendamientos urbanos en lo que respecta a los locales de negocio, RGD, abril 1994, pp. 3141 y ss.

100. REBOLLEDO VARELA, Angel: Compraventa de inmueble: resolución del contrato instada por el vendedor. Imposibilidad sobrevenida no culpable. Denegación de licencia de edificación: supuestos de incumplimiento por causas administrativas, (Comentario a la STS de 7 de febrero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 503 y ss.

101. REGLERO CAMPOS, L. Fernando: Compraventa. Demanda reconvenzional de saneamiento por vicios ocultos. Plazo: prescripción y caducidad, (Comentario a la STS de 10 de marzo de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 701 y ss.

102. RODRIGUEZ MORATA, Federico: Compraventa. Acción rescisoria por fraude: sociedad de gananciales. Saneamiento por evicción: llamada en garantía o citación de evicción, (Comentario a la STS de 11 de octubre de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 1057 y ss.

103. RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: Problemática derivada de la subrogación prevista en el artículo 1211 del Código civil, y su aplicación a los créditos hipotecarios, RJN, núm. 9, enero-marzo 1994, pp. 107 y ss.

104. SALINAS ADELANTADO, Carlos: La nueva normativa sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, RGD, octubre-noviembre 1994, pp. 10735 y ss.

105. SANDE GARCIA, Pablo: La excepcionalidad de las arras penitenciales y su excepcional acreditación jurisprudencial, Actualidad Civil núm. 24, de 1994, pp. 437 y ss.

106. SANZ PARAISO, Luis F.: Fianza de cuenta corriente: extensión, solidaridad entre fiadores, (Comentario a la STS de 26 de febrero de 1992), RDBB, núm. 54, abril-junio 1994, pp. 449 y ss.

107. SERENA MEROÑO, Encarna: Nulidad de venta realizada por apoderado (simulación relativa: nulidad de donación encubierta), Comentario a la STS, Sala Primera, de 23 de julio de 1993, Poder Judicial, núm. 33, marzo 1994, pp. 413 y ss.

108. TAULER ROMERO, Mercedes: La responsabilidad civil en el desarrollo de la actividad educativa privada, RDP, julio-agosto 1994, pp. 639 y ss.

109. VICENTE DOMINGO, Elena: Responsabilidad civil extracontractual. Daño personal. Daño moral. Valoración. Legitimación de la madre, (Comentario a la STS de 8 de febrero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 517 y ss.

## 5. DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

110. ALBALADEJO GARCIA, Manuel: Servidumbres de paso y de acueducto. Necesidad de escritura pública para establecerlas gratuitamente por tratarse de derechos sobre inmuebles, (Comentario a la STS de 20 de octubre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 91 y ss.

111. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: Propiedad horizontal. El carácter imperativo del artículo 8.2 de la LPH. Norma estatutaria «contra legem». Agrupación y comunicación de departamentos pertenecientes a subcomunidades diferentes. El valor del acta de la junta de propietarios, (Comentario a la STS de 19 de julio de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 933 y ss.

112. ALONSO PEREZ, Mariano: La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas, Actualidad Civil, núm. 22 de 1994, pp. 385 y

Análisis de las normas previstas en nuestro Ordenamiento Jurídico, tanto público como privado, destinadas a la preservación del medio ambiente frente a actividades contaminantes que constituyan inmisiones susceptibles de lesionar los derechos subjetivos -algunos fundamentales- o intereses legítimos de los particulares.

113. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: Tercería de dominio basada en reserva de dominio no inscrita en el Registro de Ventas a Plazos, (Comentario a la STS de 4 de octubre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 67 y ss.

114. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: Derecho de autor del traductor de una obra de teatro frente al adaptador de la misma, (Comentario a la STS de 29 de diciembre de 1993), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 407 y ss.



115. BRANCOS NUÑEZ, Enrique: La opción de compra. La evolución jurisprudencial y su actual utilidad como instrumento habitual en el tráfico inmobiliario, *AAMN*, tomo XXXIII, pp. 249 y ss.

116. CAMPO VILLEGAS, Elías: Consideraciones en torno a la refinanciación hipotecaria, *La Ley*, 1994-1, pp. 1079 y ss.

117. CARRASCO PERERA, Angel: Propiedad intelectual: Derecho moral de autor. Indemnización del daño moral, (Comentario a la STS de 14 de diciembre de 1993), *CCJC*, núm. 33 de 1993, pp. 1105 y ss.

118. CARRASCO PERERA, Angel: Tercería de dominio: legitimación activa; título y modo. Tradición, (Comentario a la STS de 9 de marzo de 1994), *CCJC*, núm. 35 de 1994, pp. 685 y ss.

119. CARROMOLINO GOMEZ, Carlos: Resolución de 19 de enero de 1994. El reconocimiento de dominio hecho por el titular registral en favor de persona determinada no es por sí sólo título suficiente para practicar una inscripción de transferencia en favor de ésta, debiéndose expresar la causa de la transmisión, *RGD*, octubre-noviembre 1994, pp. 11183 y ss.

120. CARROMOLINO GOMEZ, Carlos: Resolución de 28 de febrero de 1994. Sin perjuicio de su validez sustantiva, no puede tener acceso al Registro aquella condición resolutoria en la que no se determina un tiempo máximo de duración de la fase de pendencia de la condición, pues si bien la validez es requisito de inscribibilidad, ésta no es una consecuencia necesaria de aquélla, ya que la finalidad última del Registro de la Propiedad es brindar una seguridad jurídica que la referida indeterminación no lleva consigo. Por otra parte, limitada la eficacia del evento condicionante a una parte de la superficie transmitida, no es posible practicar la inscripción sin una previa distribución del precio entre las diferentes fincas, pues siendo registralmente independientes, no pueden sustraerse a las exigencias del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, de modo que, cumplida la condición, pueda saberse exactamente qué fincas quedarán afectadas por el efecto resolutorio y qué otras no, *RGD*, octubre- noviembre 1994, pp. 11197 y ss.

121. CERDA ALBERO, Fernando: Derechos de autor en el marco de la transmisión de empresa, *RDM*, Nos. 211-212, enero-junio 1994, pp. 69 y ss.

122. CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio de: La pignoración de saldos de depósitos bancarios (nueva modalidad del derecho real de prenda), *RGD*, junio 1994, pp. 64 y ss.

123. DIEZ GARCIA, Helena: Nulidad de préstamo hipotecario por usura. Ejecución hipotecaria por medio de procedimiento judicial sumario. Efectos de la anotación preventiva de demanda practicada después de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas. Tercero hipotecario, (Comentario a la STS de 18 de noviembre de 1993), *CCJC*, núm. 34 de 1994, pp. 153 y ss.

124. DOMINGUEZ PLATAS, Jesús: Privación del uso de la vivienda o local por infracción del artículo 7.3.<sup>o</sup> de la Ley de Propiedad Horizontal. Supuesta inconstitucionalidad de acuerdo con el artículo 33.3.<sup>o</sup> CE, ya que tal privación no vendría justificada por causa de utilidad pública o interés social, (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de octubre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 101 y ss.

125. ESTAL SASTRE, Ricardo del: Propiedad intelectual. Vulneración del derecho a la comunicación pública, (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 19 de julio de 1993), Poder Judicial, núm. 33, marzo 1994, pp. 397 y ss.

126. GARCIA GARCIA, José Manuel: Las subastas hipotecarias y los arrendamientos, RCDI, núm. 622, mayo-junio 1994, pp. 1293 y ss.

127. GARCIA GARCIA, José Manuel: El deterioro del sistema inmobiliario registral: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 1994, RCDI, núm. 623, julio-agosto 1994, pp. 1645 y ss.

128. GARCIA MAS, Francisco Javier: En torno a la multipropiedad, RCDI, núm. 623, julio-agosto 1994, pp. 1665 y ss.

129. GARCIA MAS, Francisco Javier: Comentarios a la Ley 2/1994 de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, RCDI, núm. 624, septiembre-octubre 1994, pp. 1947 y ss.

130. GONZALEZ, I.: El requisito de la novedad en el régimen jurídico de protección del modelo industrial: criterios jurisprudenciales para su apreciación (Comentario a la STS —Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 3.<sup>a</sup>—, de 19 de febrero de 1993), RGD, abril 1994, pp. 3989 y ss.

131. GUILARTE GUTIERREZ, Vicente: Tercería de dominio interpuesta por uno de los cónyuges para que se alce la traba sobre su mitad ganancial del bien embargado. Falta de legitimación de la tercerista al carecer de una propiedad actual. Falta de su condición de tercera ajena a la deuda. Tutela judicial efectiva, (Comentario a la STS de 4 de marzo de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994,

132. HERNANDEZ ANTOLIN, José Manuel: Breve análisis de la Ley 2/1994, de 20 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, RCDI, núm. 622, mayo-junio 1994, pp. 1199 y ss.

133. HERRADA ROMERO, Rafael Ignacio: Tercería de dominio: justificación por el tercerista del dominio sobre la cosa embargada; título y modo; innecesariedad de dicha justificación para alzar el embargo. Artículo 1227 Código civil: es oponible a tercero el contenido y no sólo la fecha del documento privado. Principio de legitimación registral: presunción

«*juris tantum*»; puede quedar desvirtuada por un pronunciamiento judicial. Artículo 34 Ley Hipotecaria: no concurrencia de requisitos para que surja la figura del tercero hipotecario, (Comentario la STS de 2 de febrero de 1994), CCJC, núm. 35 de 1994, pp. 463 y ss.

134. LOPEZ PEREZ, Jerónimo: Régimen de acuerdos en la Propiedad Horizontal, RCDI, núm. 623, julio-agosto 1994, pp. 1563 y ss.

135. LLAVERO, Marta: Laguna legal: derecho de accesión inmobiliaria en el supuesto de mala fe en el propietario y buena fe en el edificante, La Ley, 1994-1, pp. 964 y ss.

136. LLOPIS GINER, Juan Manuel: Resolución de 5 de mayo de 1192. No es inscribible una opción de compra, realizada en función de garantía por la emisión de obligaciones hipotecarias, en la que el titular del derecho de opción podría ejercerlo en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones citadas, lo que evidentemente refleja un pacto comisorio, RGD, abril 1994, pp. 3545 y ss.

137. LLOPIS GINER, Juan Manuel: Examen de la situación jurídica actual del tercer adquirente, que inscribe después de la anotación de embargo, RGD, mayo 1994, pp. 4957 y ss.

138. LLOPIS GINER, Juan Manuel: Resoluciones de 23 de marzo y 5 de mayo de 1992. La anotación de embargo tiene prioridad registral absoluta respecto de todas aquellas inscripciones o anotaciones posteriores, aunque el derecho establecido en las mismas sea preferente, incluyendo al tercer adquirente, cuya adquisición sea de fecha anterior a la anotación, pero que inscribe posteriormente, RGD, mayo 1994, pp. 5285 y ss.

139. MARTIN ARESTI, Pilar: Marca notoria. Marca mixta; comparación de conjunto de los distintos elementos que la forman. Propiedad industrial. Aprovechamiento del prestigio ajeno. Protección del consumidor, CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 801 y ss.

Comentario a la STS de 19 de mayo de 1993.

140. MARTINEZ ESPIN, Pascual: Daño moral de autor, (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 14 y 29 de diciembre de 1993), Poder Judicial, núm. 33, marzo 1994, pp. 403 y ss.

141. MARTINEZ-PIÑEIRO CARAMES, Eduardo: Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo), RJN, núm. 9, enero-marzo 1994, pp. 57 y ss.

142. MONTEAGUDO, M.: La imitación de creaciones técnicas y estéticas (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona —Sección 15.<sup>a</sup>—, de 5 de junio de 1993), RGD, abril 1994, pp. 3961 y ss.

143. MUÑOZ ESPADA, Esther: Los acuerdos contrarios a la Ley y a los Estatutos en la Ley de Propiedad Horizontal. Su impugnación. Artículo 16.4 LPH, RCDI, núm. 424, septiembre-octubre 1994, pp. 1849 y ss.

144. MUÑOZ ROJAS, Tomás: La protección jurídica del programa de ordenador (Ley 16/1993), Actualidad Civil, núm. 40 de 1994, pp. 823 y ss.

145. NAVARRO FERNANDEZ, José Antonio: Constituciones, Códigos y Fueros. La codificación civil en España y la cuestión regional, Actualidad Civil, núm. 35 de 1994, pp. 677 y ss.

146. PARDO NUÑEZ, Celestino: La sustitución de créditos hipotecarios, La Ley, 1994-2, pp. 961 y ss.

147. PARDO NUÑEZ, Celestino: Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación del capital, RCDI, julio-agosto 1994, pp. 1521 y ss.

148. PENA LOPEZ, José María: Precisiones complementarias para la aplicación del Derecho Civil gallego a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, Actualidad Civil, núm. 45 de 1994, pp. 909

149. PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen: Propiedad intelectual. Facultad patrimonial de comunicación pública. Actos de comunicación pública. Necesidad de autorización del autor (Comentario a la STS de 19 de julio de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 953 y ss.

150. RAGEL SANCHEZ, Luis Felipe: Acción declarativa de deslinde. Doble inmatriculación. Finca registral que en la realidad aparece incluida en el perímetro de otra finca registral de mayor extensión: inaplicabilidad de los principios hipotecarios de prioridad y fe pública. Incongruencia de la sentencia que declaró el dominio de ambas partes litigantes con una extensión y linderos incompatibles, (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 243 y ss.

151. REAL PEREZ, Alicia: Reserva de dominio. Tercería de dominio en favor de compradora: procedencia. Documentos privados, (Comentario a la STS de 16 de julio de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 903 y ss.

152. REYES LOPEZ, María José: La protección del adquirente de una vivienda según la normativa vigente, RGD, junio 1994, pp. 6457 y ss.

153. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas, RCDI, núm. 622, mayo-junio 1994, pp. 1149 y ss.

154. ROMERO-GIRON DELEITO, Juan: Procedimiento extrajudicial en ejecución hipotecaria, AAMN, tomo XXXIII, pp. 111 y ss.

155. RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y URÑA MARTINEZ, Magdalena: Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, *Actualidad Civil*, núm. 38 de 1994, pp. 785 y ss.

156. SEISDEDOS MUIÑO, Ana: Propiedad hirozontal: acuerdos nullos y anulables; ámbito de aplicación del artículo 16, regla 4.<sup>a</sup> de la LPH; caducidad de la acción de impugnación, (Comentario a la STS de 26 de junio de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 39 y ss.

157. SERRANO GARCIA, José Antonio: Propiedad horizontal: invalidez de la convocatoria de la junta anual ordinaria realizada con una antelación menor de la requerida legalmente; nulidad de los acuerdos adoptados en dicha junta; carácter imperativo de las normas de la LPH y, por ello, del artículo 15.3 LPH; improcedencia e innecesariedad de la aplicación analógica del artículo 283.3 LOPJ, (Comentario a la STS de 29 de octubre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 123 y ss.

## 6. DERECHO DE FAMILIA

158. AGUSTIN TORRES, Antonio-Carmelo: Fiscalidad de algunas cesiones entre cónyuges. El art. 23 de la Compilación, RJC, 1994-4, pp. 1009 y ss.

159. ALENDA SALINAS, Manuel: El matrimonio religioso en los acuerdos del Estado español, con judíos, protestantes y musulmanes, RGD, septiembre 1994, pp. 9189 y ss.

160. BENAVENTE MOREDA, Pilar: Liquidación de sociedad de gananciales. Oposición a las operaciones divisorias realizadas por contador partidor en ejecución de sentencia de separación, que afectan a vivienda ganancial que constituyó la vivienda familiar y cuyo uso fue atribuido al marido. Configuración de tal atribución como un derecho de uso, CCJC, (Comentario a la STS de 20 de mayo de 1993), núm. 33 de 1993, pp. 811 y ss.

161. CAMPUZANO TOME, Herminia: Revisión jurisprudencial en torno a la figura de la pensión por desequilibrio económico: tendencia a su concesión con carácter temporal, *Actualidad Civil*, núm. 44 de 1994, pp. 897 y ss.

162. CARRETERO SANCHEZ, Adolfo: El nuevo planteamiento del derecho de visita, *La Ley*, 1994-2, pp. 1020 y ss.

163. CORDERO CUTILLAS, Icíar: Investigación de la paternidad en los procesos de impugnación, *Actualidad Civil*, núm. 21 de 1994, pp. 365 y ss.

164. FELIX BALLESTA, María Angeles: El sistema matrimonial francés y la Ley núm. 93/22, de 8 de enero de 1993, RJC, 1994-4, pp. 1037 y ss.

165. LEMA DIAZ, Teresa: Datos biológicos y adopción. La aplicación del artículo 28 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, del Parlament de Catalunya, RJC, 1994-4, pp. 999 y ss.

166. MORO ALMARAZ, María Jesús: Tutela efectiva de jueces y tribunales: Valoración de la negativa a someterse a la realización de pruebas biológicas en la determinación de la filiación. Derecho a la integridad física, a la intimidad. Derecho de la persona a determinar su filiación en términos de igualdad y deber del padre de prestar asistencia a sus hijos: Ponderación. Anulación de sentencia de casación y reconocimiento del derecho a la filiación declarado por sentencia de apelación, (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 325 y ss.

167. PABLO CONTRERAS, Pedro de: Recurso de amparo 1888/1992 contra Autos del Juzgado de Primera Instancia número 3 y de la Audiencia de Almería que desestimaron la oposición formulada por la madre de una menor contra la Resolución de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía: situación legal de desamparo; tutela de las entidades públicas; guarda de hecho. Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: interdicción de indefensión; derecho al proceso y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24 CE), (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 75 y ss.

168. QUESADA GONZALEZ, M.<sup>a</sup> Corona: De nuevo las pruebas biológicas, a propósito de la Sentencia de Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, RJC, 1994-3, pp. 657 y ss.

169. QUICIOS MOLINA, María Susana: Filiación no matrimonial: eficacia «post mortem» del reconocimiento testamentario; sentencia judicial para inscribirlo en vida del juzgador. Medidas cautelares, (Comentario a la STS de 13 de diciembre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 213 y ss.

170. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación, (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero), Poder Judicial, núm. 33, marzo 1994, pp. 349 y ss.

171. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: Filiación matrimonial. Acción de reclamación. Separación de hecho de los cónyuges al tiempo de la concepción. Negativa a la práctica de la prueba biológica, (Comentario a la STS de 28 de diciembre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 283 y ss.

172. ROMERO COLOMA, Aurelia María: Problemática de la eficacia en el orden civil de las resoluciones matrimoniales canónicas en el Derecho español, *Actualidad Civil*, núm. 39 de 1994, pp. 811 y ss.

173. SANCHEZ-RUBIO GARCIA, Alfredo: Mantenimiento y extinción de vínculos pretales tras la adopción del hijo del cónyuge: el artículo 178 del Código Civil, *Actualidad Civil*, núm. 48 de 1994, pp. 981 y ss.

174. SEISDEDOS MUIÑO, Ana: Hijo no matrimonial: derecho de visita de la madre; denegación del mismo debido a la existencia de malas relaciones entre los progenitores. Incongruencia: no se produce cuando se concede menos de lo pedido. Carga de la prueba, (Comentario a la STS de 21 de julio de 1993), *CCJC*, núm. 33 de 1993, pp. 963 y ss.

175. VALPUESTA FERNANDEZ, Rosario: Parejas de hecho: no aplicación del régimen de gananciales (Comentario a la STS de 22 de julio de 1993), *CCJC*, núm. 33 de 1993, pp. 981 y ss.

## 7. DERECHO DE SUCESIONES

176. ALBALADEJO GARCIA, Manuel: La repudiación de la herencia, *Actualidad Civil*, núm. 36 de 1994, pp. 713 y ss.

177. BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, Elena: La legítima formal aragonesa, la preterición y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993, *RCDI*, núm. 622, mayo-junio 1994, pp. 1253 y ss.

178. DOMINGUEZ LUELMO, Andrés: Testamento ológrafo: nulidad por falta de exactitud de la fecha; diferencias entre fecha falsa y erróneamente transcrita. Presunción de capacidad del testador mientras no se acredite fehacientemente la incapacidad. Principio de congruencia. Prueba pericial practicada para mejor proveer: indefensión. Utilización del Derecho comparado como criterio de interpretación de las normas de Derecho interno, (Comentario a la STS de 10 de febrero de 1994), *CCJC*, núm. 35 de 1994, pp. 537 y ss.

179. ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: Partición hecha por el testador. Libertad dispositiva de los coherederos. Aceptación: impugnación por vicios de la voluntad. Renuncia a derechos hereditarios. Manifiestación de herencia. Error: prescripción de la acción para hacerlo valer, (Comentario a la STS de 4 de febrero de 1994), *CCJC*, núm. 35 de 1994, pp. 491 y ss.

180. MARIN LOPEZ, Juan José: Sustitución fideicomisaria: establecimiento expreso. Llamamiento sucesivo al carácter implícito de la obligación de conservar los bienes fideicomitidos. Clases de sustitución

fideicomisaria: pura y de residuo, (Comentario a la resolución DGRN de 4 de enero de 1994), CC.JC, núm. 34 de 1994, pp. 309 y ss.

181. MENA-BERNAL ESCOBAR, María José: Sentido histórico de la indignidad para suceder, RCDI, núm. 622, mayo-junio 1994, pp. 1071 y ss.

182. MONTSERRAT VALERO, Antonio: La sucesión «iure transmissionis», el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones, RCDI, núm. 622, mayo-junio 1994, pp. 1037 y ss.

183. RODRIGUEZ GARCIA, Carlos-Javier: Introducción al estudio comparativo de la situación jurídica sucesoria del cónyuge supérstite en el Derecho civil belga y español, Actualidad Civil, núm. 25 de 1994, pp. 455 y ss.

## II. DERECHO MERCANTIL

### I. PARTE GENERAL. EMPRESA

184. BASEDOW, Jürgen: La política de la competencia en los sectores exceptuados —un balance de la desregulación en Alemania y en Europa—, RDM, octubre-diciembre 1993, pp. 1277 y ss.

185. BEUNZA IBAÑEZ, Daniel y SANZ PEREZ, César: La regulación de los horarios comerciales, RJC, 1994-3, pp. 633 y ss.

186. BOLDO RODA, Carmen: La responsabilidad del empresario por daños medioambientales. Nuevas tendencias en el Derecho norteamericano, RDM, Nos. 211-212, enero-junio 1994, pp. 199 y ss.

187. DREXL, J. y HEINEMANN, A.: El proyecto de Código Antitrust Internacional, RGD, abril 1994, pp. 3781 y ss.

188. FOLGUERA CRESPO, J. y VIDAL PUIG, R.: Monopolios, derechos especiales y servicios públicos: ¿Hacia una desregulación judicial?, RGD, abril 1994, pp. 3751 y ss.

189. MANZANO LAGUARDA, Rafael: Residuos industriales: aspectos jurídicos de un problema irresoluto, RGD, octubre-noviembre 1994, pp. 10715 y ss.

190. MARTI SANCHEZ, Jesús-Nicolás: El empresario social como sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico español, RDM, Nos. 211-212, enero-junio 1994, pp. 119 y ss.



191. MARTIN ARESTI, Pilar: Derecho de marcas. Legitimación pasiva en el procedimiento relativo a la infracción del derecho de marca, (Comentario a la STS de 1 de julio de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 873 y ss.

192. MARTIN ARESTI, Pilar: Utilización de marca ajena en la publicidad, (Comentario a la STS de 11 de noviembre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 139 y ss.

193. MERCADAL VIDAL, Francisco: Falta de jurisdicción de los Juzgados y Tribunales del orden civil para declarar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia empresarial. Necesidad de una resolución administrativa firme, declarativa de una práctica restrictiva de la competencia, para que los Juzgados y Tribunales del orden civil se pronuncien sobre la indemnización de los daños y perjuicios causados por dicha práctica. Derecho comunitario: efecto directo, interpretación de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades. Interpretación de la Constitución de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, (Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1993), CCJC, núm. 34 de 1994, pp. 293 y ss.

194. TATO PLAZA, Anxo: Publicidad directa y competencia desleal, RJC, 1994-3, pp. 573 y ss.

195. VALLE, J.: Las diligencias para la comprobación de hechos en la Ley de Competencia Desleal, ROD, abril 1994, pp. 3717 y ss

196. VILLA VEGA, Enrique: Rótulo de establecimiento. Noción. Nacimiento del derecho exclusivo. Aportación a sociedad, inexistencia, (Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1993), CCJC, núm. 4 de 1994, pp. 223 y ss.

## 2. DERECHO DE SOCIEDADES

197. ALCALA DIAZ, María de los Angeles: Adquisición de acciones o participaciones de otras sociedades y objeto social, RDM, Nos. 211-212, enero-junio 1994, pp. 229 y ss.

198. ANNUNZIATA, Filippo: OPA residual obligatoria, derecho de separación y técnicas de resolución de conflictos en la Sociedad Anónima, RDBB, núm. 55, julio-septiembre 1994, pp. 689 y ss.

199. ARROYO MARTINEZ, Ignacio: Reflexiones en torno a los denominados títulos valores impropios y documentos de legitimación, RDM, núm. 210, octubre-diciembre 1993, pp. 1189 y ss.

200. BLANQUER UBEROS, Roberto: La retribución de los administradores, su constancia estatutaria y la atribución de facultades de concreción a la Junta General, RDM, Nos. 211 y 212, enero-junio 1994, pp. 11 y ss.

201. CABANAS TREJO, Ricardo y CALAVIA MOLINERO, José Manuel: Régimen general de la modificación de estatutos sociales en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, RCDI, núm. 624, septiembre-octubre 1994, pp. 1967 y ss.

202. CACHON BLANCO, José Enrique: El principio jurídico de protección al inversor en valores mobiliarios: aspectos teóricos y prácticos, RDBB, núm. 55, julio-septiembre 1994, pp. 635 y ss.

203. CORONADO FERNANDEZ, Francisco: La reducción del capital social en el Proyecto de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, RGD, mayo 1994, pp. 5523 y ss.

204. DIAZ PINTADO, Miguel: Junta General de Accionistas, La Ley, 1994-2, pp. 1101 y ss.

205. ESCOLANO NAVARRO, José Javier: Constitución de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos, RGD, mayo 1994, pp. 5477 y ss.

206. FERNANDEZ DEL POZO, Luis: La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada, RGD, mayo 1994, pp. 5431 y ss.

207. FERRANDO MIGUEL, Igancio: La asistencia mixta del socio a la junta general, RDM, Nos. 211-212, enero-junio 1994, pp. 213 y ss.

208. GARCIA DE ENTERRIA, Javier: De nuevo sobre OPAs competidoras, OPAs futuras y promesas de OPA, La Ley, 1994-1, pp. 944 y ss.

209. GONZALEZ-MENESES ROBLES, Manuel: El objeto social. Régimen de las participaciones sociales, RJN, núm. 8, octubre-diciembre 1993, pp. 223 y ss.

210. IGLESIAS PRADA, Juan Luis: El Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar, RGD, mayo 1994, pp. 5417 y ss.

211. IGLESIAS PRADA, Juan: Sobre el aumento de capital por compensación de créditos, AAMN, tomo XXXIII, pp. 202 y ss.

212. LANZAS GALVACHE, Joaquín: Algunos problemas notariales y registrales en materia de sociedades anónimas, AAMN, tomo XXXIII, pp. 55 y ss.

213. LANZAS GALVACHE, Joaquín: Las anotaciones preventivas y las Sociedades Anónimas, RDM, núm. 210, octubre-diciembre 1993, pp. 1309 y ss.

214. LAZARO SANCHEZ, Emilio J.: La tutela de los acreedores de la sociedad anónima parcialmente escindida (reflexiones a la luz del derecho y doctrina españoles), RDM, Nos. 211.212, enero-junio 1994, pp. 163 y ss.

215. LAZARO SANCHEZ, Emilio J.: La fusión, escisión y cesión global del activo y pasivo en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. (Reflexiones sobre los artículos 96 y 118. BOCG, 25 de enero de 1994/núm. 48-1), Actualidad Civil, núm. 32 de 1994, pp. 609 y ss.

216. MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: Transmisibilidad de las acciones antes de la inscripción de la sociedad o del aumento de capital en el Registro Mercantil, AAMN, tomo XXXIII, pp. 177 y ss.

217. MARTIN ROMERO, Juan Carlos: La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, RGD, mayo 1994, pp. 5553 y ss.

218. MARTIN VILLA, Pascual y GONZALEZ PRIETO, Ramón: Sobre la acción individual de responsabilidad de los administradores societarios, RDP, septiembre 1994, pp. 762 y ss.

219. MARTINEZ-CALCERRADA Y GOMEZ, Luis: La Junta General y la impugnación de sus acuerdos en la sociedad de responsabilidad limitada, RJN, núm. 8, octubre-diciembre 1993, pp. 269 y ss.

220. MARTINEZ SANZ, Fernando: Control del órgano de gestión de la sociedad en derecho holandés, RDM, núm. 210, octubre-diciembre 1993, pp. 1383 y ss.

221. MUÑOZ PLANAS, José María: Junta universal y acciones sin voto, La Ley, 1994-2, pp. 1046 y ss.

222. NEILA NEILA, José María: De la suspensión de acuerdos y anotación preventiva de la demanda en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles, RDP, septiembre 1994, pp. 755 y ss.

223. NIETO CAROL, Ubaldo: Seguridad jurídica y transmisión de participaciones de Sociedades de Responsabilidad Limitada, RDM, núm. 210, octubre-diciembre 1993, pp. 1363 y ss.

224. PERDICES HUETOS, Antonio B.: Las restricciones a la transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada (Observaciones a propósito del derecho proyectado), RJN, núm. 8, octubre-diciembre 1993, pp. 313 y ss.

225. REVUELTA GARCIA, Bernardo: Algunas consideraciones sobre la fiscalidad de la empresa social, RJN, núm. 8, octubre-diciembre 1994, pp. 361 y ss.

226.-RUBIDO DE LA TORRE, José Luis: La impugnación de acuerdos en la sociedad anónima. Examen especial de las medidas cautelares: suspensión de acuerdos y anotación preventiva, *La Ley*, 1994-2, pp. 944 y ss.

227. SANCHEZ ANDRES, Aníbal: Las cláusulas de «blindaje societario», con especial referencia a las sociedades cotizadas, AAMN, tomo XXXIII, pp. 29 y ss.

228. SANCHEZ GARCIA, Roberto: Sindicación de acciones, RCDI, núm. 623, julio-agosto 1994, pp. 1585 y ss.

229. SEQUEIRA MARTIN, Adolfo: Posible admisión de una cláusula estatutaria regulando la figura de las participaciones privilegiadas en una Sociedad de Responsabilidad Limitada. En particular la admisión del derecho de adquisición preferente en favor de algunos socios, (Comentario a la resolución de la DGRN de 1 de octubre de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 1035 y ss.

230. TAPIA HERMIDA, Alberto: Consecuencias registrales del incumplimiento de la obligación de formular una OPA. Comentario a la Resolución de la DGRN de 28 de diciembre de 1992, RDBB, núm. 55, julio-septiembre 1994, pp. 729 y ss.

231. VICENT CHULIA, Francisco: La disolución y la liquidación de la sociedad limitada en el Proyecto de Ley de 22 de diciembre de 1993, RGD, mayo 1994, pp. 5603 y ss.

### 3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO

232. ANDREU MARTI, María del Mar: Notas sobre la figura del defensor del cliente en la práctica bancaria española, RDBB, núm. 54, abril-junio 1994, pp. 425 y ss.

233. DAVO ESCRIVA, José María: Informe sobre la ejecutividad de las pólizas mercantiles intervenidas defectuosamente -sin su presencia física personal- por los Corredores de Comercio y Agentes de Cambio y Bolsa, RGD, abril 1994, pp. 3199 y ss.

234. **ESPIN GUTIERREZ, Cristóbal:** El deber de secreto del Banco de España recogido en la Ley 3/1994 y en la Ley 13/1994, RDBB, núm. 54, abril-junio 1994, pp. 510 y ss.

235. **GARCIA DE ENTERRIA, Javier:** La reforma del régimen del Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios, RDBB, núm. 55, julio-septiembre 1994, pp. 569 y ss.

236. **JUSTE MENCIA, Javier:** Italia: el texto único de las leyes en materia bancaria y crediticia, RDBB, núm. 54, abril-junio 1994, pp. 373 y ss.

237. **VICENT CHULIA, Francisco:** El nuevo estatuto jurídico de la Cooperativa de Crédito (II), RDBB, núm. 54, abril-junio 1994, pp. 303 y ss.

#### 4. CONTRATOS MERCANTILES

238. **CAMACHO DE LOS RIOS, Javier:** Interpretación de las cláusulas «a primera demanda» en los contratos mercantiles, RDBB, núm. 54, abril-junio 1994, pp. 393 y ss.

239. **DIAZ MENDEZ, Nicolás:** Responsabilidad de los auditores de cuentas: cuestiones procesales, *La Ley*, 1994-2, pp. 939 y ss.

240. **DURANY PICH, Salvador:** Intereses de crédito bancario liquidados por el Estado y reclamados posteriormente a las compradoras de las sociedades titulares de la deuda. Determinación de la parte obligada a pagar en función del momento de perfección del contrato, y, consiguientemente, del posible carácter de aceptación del acuerdo del consejo de Ministros, (Comentario a la resolución DGRN de 26 de marzo de 1993, CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 749 y ss.

241. **FELIU REY, Manuel Ignacio:** Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de lease-back o «leasing de retorno», *Actualidad Civil*, núm. 23 de 1994, pp. 429 y ss.

Estudio de la figura del «lease.back» que, según señala el autor, es un contrato complejo, cuya mecánica consta de dos fases. Una primera, que consiste en la venta de un determinado bien (normalmente un inmueble) por una empresa —necesitada de financiación—, a una sociedad de leasing. En segundo lugar, la empresa vendedora permanece como arrendataria del bien, comprometiéndose a pagar las correspondientes cuotas del arrendamiento financiero a la sociedad de leasing, la cual actúa ahora como arrendadora. Esta, además, concede a la empresa vendedora una opción de compra sobre el bien transmitido, ejercitable al finalizar el período de arrendamiento.

242. GARCIA MARTIN, Isabel: Contrato de transporte. Legitimación «ad causam» para reclamar al deudor. Comitente oculto. Seguro: subrogación del asegurador, (Comentario a la STS de 17 de mayo de 1993), CCJC, núm. 33 de 1993, pp. 775 y ss.

243. IGLESIAS PRADA, Juan Luis: La renuncia al cargo de auditor de cuentas: circunstancias justificativas y consecuencias jurídicas de la renuncia, RCDI, núm. 623, julio-agosto 1994, pp. 1501 y ss.

244. MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio: El contrato de auditoría y la terminación unilateral del mismo por el auditor, RCDI, núm. 623, julio-agosto 1994, pp. 1485 y ss.

245. NAVARRO CHINCHILLA, José Justo: La notificación del saldo deudor en la ejecución de los contratos mercantiles y la fe pública del corredor de comercio colegiado, La Ley, 1994-1, pp. 1110 y ss.

246. PROFIRIO CARPIO, Leopoldo José: La extinción del Contrato de Agencia, RDM, núm. 210, octubre-diciembre 1993, pp. 1243 y ss.

247. SANCHEZ MIGUEL, María Candelas: Pólizas de préstamo. Especial referencia a la liquidez. Cumplimiento por la jurisprudencia menor de la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992, RDBB, núm. 54, abril-junio 1994, pp. 463 y ss.

## 5. DERECHO CAMBIARIO

248. AZNAR GINER, Eduardo: El defecto en el timbre de la letra de cambio como causa de la pérdida de su fuerza ejecutiva, RGD, julio-agosto 1994, pp. 7805 y ss.

249. BAILLO MORALES, Jaime: La falta de indicación del tomador en las letras de cambio. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 25 de noviembre de 1993, RDBB, núm. 55, julio-septiembre 1994, pp. 755 y ss.

250. RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso: El endoso de la letra de cambio a favor de personas que ya figuran en la letra, RDBB, núm. 55, julio-septiembre 1994, pp. 595 y ss.

251. SANCHEZ MARTINEZ, Javier: La letra de cambio como título ejecutivo: sus requisitos para despachar ejecución, Actualidad Civil, núm. 29 de 1994, pp. 549 y ss.

## 6. DERECHO CONCURSAL

252. BELTRAN SANCHEZ, Emilio: Efectos de la quiebra de la sociedad anónima sobre la obligación de aportar, RGD, mayo 1994, pp. 5627

253. MEDINA FERNANDEZ-ACEITUNO, Víctor: La presentación de solicitud de suspensión de pagos en grupos de empresas, La Ley, 1994-2, pp. 1094 y ss.

254. RECALDE CASTELLS, Andrés: Tutela de los inversores ante procedimientos concursales de las entidades gestoras del mercado de deuda pública o de las entidades adheridas al SCLV: Nuevo régimen legal en España, RDBB, núm. 54, abril-junio 1994, pp. 520 y ss.

La Ley 3/1994, de 14 de abril, junto a otras modificaciones de nuestro sistema financiero, establece un régimen concursal especial para los casos de quiebra o suspensión de pagos de las entidades gestoras del mercado de deuda pública o entidades adheridas al SCLV. La nueva ley permite separar de la masa, a través de un procedimiento extraconcursal y extrajudicial, realizado de oficio por la Central de Anotaciones del Banco de España o por la CNMV, los valores representados mediante anotaciones en cuenta. Como consecuencia de este régimen de separación, los intereses del inversor se ven notablemente protegidos.

255. ROJO, Angel: La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos, Poder Judicial, núm. 33, marzo 1994, pp. 195 y ss.

256. SAGRERA TIZON, José María: En torno a los procesos concursales en los que, en sus convenios, se entregan bienes en pago de deudas: *pro soluto o pro solvendo*. Tercería de dominio, RGD, julio-agosto 1994, pp. 8303 y ss.

257. SANCHEZ PAREDES, María Luisa: Introducción a la publicidad registral mercantil de quiebras y suspensiones de pagos, RCDI, núm. 623, julio-agosto 1994, pp. 1597 y ss.

258. TERRASA GARCIA, José: Acciones ejecutivas contra el suspenso. Valor concursal de las sentencias de remate, RGD, julio-agosto 1994, pp. 8281 y ss.

## III. DERECHO URBANISTICO

259. BARRERO RODRIGUEZ, M.<sup>a</sup> Concepción: Las competencias de las entidades metropolitanas en el Derecho español, RDU, núm. 140 de 1994, pp. 67 y ss.

260. CARCELLER FERNANDEZ, Antonio: Medidas de protección de legalidad urbanística: en especial la suspensión de obras curso de ejecución, RDU, núm. 137 de 1994, pp. 99 y ss.

261. CARCELLER FERNANDEZ, Antonio: Otras medidas de protección de la legalidad urbanística, RDU, núm. 138 de 1994, pp. 11 y ss.

262. FERNANDEZ CANO, Antonio: La ocupación directa de terrenos para dotaciones urbanísticas, RDU, núm. 140 de 1994, pp. 121 y ss.

263. FERNANDEZ-FIGUEROA GUERRERO, Fernando: Algunas consideraciones en torno al procedimiento abreviado del art. 161 del R.D. Legislativo 1/92, de 26 de junio, RDU, núm. 139 de 1994, pp. 11 y ss.

264. FERNANDEZ PIRLA, Santiago: El valor del suelo, su determinación en la legislación urbanística, RDU, núm. 137 de 1994, pp. 121 y ss.

265. FERNANDEZ PIRLA, Santiago: Normativa fiscal de valoración (Comentario sobre la nueva normativa para determinar el valor catastral de los bienes de naturaleza urbana), RDU, núm. 140 de 1994, pp. 145 y ss.

266. FIGAREDA I CAIROL, Pere: Las reparcelaciones urbanísticas, RDU, núm. 138 de 1994, pp. 35 y ss.

267. GARCIA-BELLIDO Y GARCIA DE DIEGO, Javier: Configuración de la «Propiedad desagregada»: Dualidad de derechos en la propiedad inmobiliaria (I), RDU, núm. 138 de 1994, pp. 83 y ss.

268. GARCIA-BELLIDO Y GARCIA DE DIEGO, Javier: Configuración de la «Propiedad desagregada»: Dualidad de derechos en la propiedad inmobiliaria (II), RDU, núm. 139 de 1994, pp. 97 y ss.

269. LANZON GOMA, Ignacio: Las divisiones y segregaciones en suelo no urbanizable y el artículo 259.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, RJN, núm. 8, octubre-diciembre 1993, pp. 9 y ss.

270. LASO BAEZA, Vicente: Las reservas de los terrenos para la constitución o ampliación del patrimonio municipal del suelo, RDU, núm. 139 de 1994, pp. 67 y ss.

271. LOPEZ ABARCA, Antonio: En torno a la publicación de las normas urbanísticas de los Planes: comentarios a la proposición de Ley de modificación del artículo 70.2 de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, RDU, núm. 137 de 1994,



272. LOPEZ MENUDO, Francisco: El Area Metropolitana de Sevilla. Un apunte sobre su formación y tratamiento jurídico, RDU, núm. 140 de 1994, pp. 39 y ss.

273. MARTI FERRER, Manuel: Las cesiones exigibles tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley del Suelo, RDU, núm. 139 de 1994, pp. 29 y ss.

274. MENDIZABAL ALLENDE, Rafael: La planificación urbanística: clasificación del suelo, «ius variandi» y responsabilidad de la Administración, AAMN tomo XXXIII, pp. 295 y ss.

275. MERELO ABELA, José Manuel: Valoraciones del suelo y del aprovechamiento urbanístico. Las valoraciones en los instrumentos redistributivos (Continuación), RDU, núm. 137 de 1994, pp. 11 y ss.

276. ROMERO GOMEZ, Federico: El respeto del contenido esencial de la propiedad urbana en el nuevo régimen urbanístico: criterios para el control jurisdiccional de la técnica del aprovechamiento tipo, RDU, núm. 137 de 1994, pp. 51 y ss.

277. SENANTE MASCAREÑO, Fernando: El Registro Municipal de Transferencias de Aprovechamientos Urbanísticos, RDU, núm. 138 de 1994, pp. 55 y ss.

278. SEVILLA MERINO, Ignacio: Doctrina y jurisprudencia sobre la aprobación de los planes urbanísticos municipales, RGD, septiembre 1994, pp. 9547 y ss.

279. TORRENT, Armando: La propiedad urbana en el Texto refundido de Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, RJN, núm. 9, enero-marzo 1994, pp. 481 y ss.

280. VERDU MIRA, Antonio T. y JORDAN CASES, Emilio M.: La licencia de parcelación en la Ley Valenciana sobre Suelo no Urbanizable, RDU, núm. 140 de 1994, pp. 121 y ss.

#### IV. DERECHO COMUNITARIO

281. CERDA F.: Diseño industrial: protección jurídica en España y perspectivas en la Comunidad Europea, RGD, abril 1994, pp. 3669 y ss.

282. GARCIA SORIANO, María Vicenta: La libertad personal en el Convenio de Roma de 1950, RGD, julio-agosto 1994, pp. 8051 y ss.

283. GUASCH MARTORELL, Rafael: La armonización en el marco del Derecho Europeo de Sociedades: la obligación de resultado exigida por las Directivas societarias a los Estados miembros, RGD, mayo 1994, pp. 5651 y ss.

284. JIMENA QUESADA, Luis: El derecho a la igualdad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: su desarrollo jurisprudencial, RGD, junio 1994, pp. 6819 y ss.

285. LOBATO GARCIA-MIJAN, Manuel: La Oficina de Armonización en el Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Actualidad Civil, núm. 28 de 1994, pp. 533 y ss.

Estudio de la estructura, funcionamiento y estatuto jurídico de la Oficina de Armonización en el Mercado Interior (OAMI), organismo de la Unión Europea competente para la protección registral tanto de las marcas como de los diseños comunitarios, cada uno con su propio sistema de tutela, pero administrados por el mismo organismo.

286. MORILLAS JARILLO, María José: La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea, Actualidad Civil, núm. 30 de 1994, pp. 571 y ss.

287. NERGELIUS, Joakim: El Tratado de Maastricht. Un intento de análisis constitucional, RGD, octubre-noviembre 1994, pp. 10839 y ss.

288. PALACIO GONZALEZ, José: Organos jurisdiccionales nacionales y tutela judicial efectiva de los derechos conferidos por el Ordenamiento comunitario, Poder Judicial, núm. 33, marzo 1994, pp. 119 y ss.

289. PLAZA SOLER, Juan Carlos: Los procedimientos nomogenéticos del Derecho europeo tras el Tratado de Maastricht, RGD, abril 1994, pp. 3161 y ss.

## V. DERECHO PROCESAL

290. AUGER LIÑAN, Clemente: Reforma de la jurisdicción voluntaria, AAMN, tomo XXXIII, pp. 7 y ss.

291. BENITO ALONSO, Francisco: La revocación de sentencias firmes recaídas en procesos viciados de nulidad, La Ley, 1994-1, pp. 954 y ss.

292. FRAGA MANDIAN, Antonio: El fuero especial del Estado, Actualidad Civil, núm. 26 de 1994, pp. 491 y ss.

Entre las especialidades que acompañan al Estado cuando litiga ante el orden jurisdiccional civil, está la de sustraerse a las reglas de competencia te-

territorial establecidas con carácter general para los particulares. Este trabajo analiza la situación anterior a la Ley 10/1992, de 10 de abril, y la incidencia que la nueva redacción del artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha tenido en la materia.

**293. GARBERI LLOBREGAT, José: Facultades decisorias de los órganos judiciales competentes para resolver los recursos de apelación frente a sentencias definitivas, CCJC, (Comentario a la STS de 4 de junio de 1993), núm. 33 de 1993, pp. 837 y ss.**

**294. ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: El recurso de casación civil para unificación de doctrina según el Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos, Actualidad Civil, núm. 43 de 1994, pp. 875 y ss.**

**295. ROBLEDO VILLAR, Antonio: Cesión de remate, Actualidad Civil, núm. 34 de 1994, pp. 651 y ss.**

Delimitación material del supuesto, regulación jurídica y análisis crítico de la figura procesal de las enajenaciones judiciales en los casos de adjudicación por cesión de los bienes.

**296. SERRA MALLOL, Augusto Jorge: Los certificados de saldo y el documento fehaciente del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: algunos aspectos, RGD, octubre-noviembre 1994, pp. 10787 y ss.**

**297. TELLEZ LAPEIRA, Antonio: La cuarta subasta en el procedimiento de apremio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, La Ley, 1994-1, pp. 1015 y ss.**

**ABREVIATURAS**

|         |  |
|---------|--|
| RCDI.:  | Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. |
| RDBB.:  | Revista de Derecho Bancario y Bursátil.  |
| RDM.:   | Revista de Derecho Mercantil.            |
| RDP.:   | Revista de Derecho Privado.              |
| RDU.:   | Revista de Derecho Urbanístico.          |
| RGD.:   | Revista General de Derecho.              |
| RJC.:   | Revista Jurídica de Catalunya.           |
| RJN.:   | Revista Jurídica del Notariado.          |
| RJNav.: | Revista Jurídica de Navarra.             |

**REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR**

Actualidad Civil.  
La Ley.  
Poder Judicial.



# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## SENTENCIAS COMENTADAS

### Obligación de no disponer y Prohibición de disponer (Comentario a la STS de 26 de julio de 1993)

ANA CAÑIZARES LASO  
Profesora Titular de Derecho civil

**SUMARIO:** I. Hechos y doctrina de la sentencia.— II. Comentario: 1. Delimitación conceptual de prohibición de disponer y de obligación de no disponer. 2. Incumplimiento de la prohibición de disponer y de la obligación de no disponer.

#### I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

Los hechos que dieron lugar a la sentencia del Tribunal Supremo que nos proponemos comentar de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Matías Malpica y González-Elipe fueron los siguientes: En el año 1941 Don Norberto Adulce Linares vendió al Ayuntamiento de Valladolid una parcela de su propiedad mediante escritura pública por un precio de 186.338,24 pesetas.

En la escritura de compraventa se incluyó la siguiente cláusula: *«EL AYUNTAMIENTO DE ESTA CIUDAD, NO PODRA DESTINAR LOS TERRENOS QUE POR ESTA ESCRITURA ADQUIERE MAS OUE PARA LA CONSTRUCCION DEL ESTADIO MUNICIPAL Y PARA LOS SERVICIOS A EL ANEJOS. SIN OUE PUEDA ENAJENAR NI DEDICAR A OTROS FINES EN TODO NI EN PARTE LOS MENCIONADOS TERRENOS»*. Cláusula que posteriormente fue inscrita en el registro.

En la escritura también se recogieron algunas alegaciones de las partes como por ejemplo el ánimo por parte del vendedor a fines sociales y beneficiosos para la comunidad con la venta de los terrenos sin

proponerse ningún fin de lucro. O por parte del Ayuntamiento que alegaba que, con anterioridad no habiéndose puesto de acuerdo con el vendedor, el Pleno de dicho Ayuntamiento había acordado declarar de utilidad pública a los efectos del Estadio Municipal, la expropiación de los terrenos para construir dicho estadio, aunque finalmente se llegó a un acuerdo para otorgar la escritura.

Años después el Ayuntamiento realiza el llamado «*Plan Parcial —JUAN DE AUSTRIA—*». Durante la tramitación de este plan los herederos se opusieron a la transformación de los terrenos, aunque dichos herederos no impugnaron la aprobación definitiva del plan. Cesa con posterioridad el uso deportivo de los terrenos y finalmente el Ayuntamiento vende los terrenos en el año 1986.

Los demandantes solicitaron al Juzgado de Primera Instancia se declarese la validez de la citada cláusula y se condenase al Ayuntamiento a abonar a la Comunidad hereditaria de Don Norberto el importe de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, cuyo «*quantum*» quedaría deferido para el período de ejecución de sentencia.

El Juez de Primera Instancia declaró la validez de la cláusula y condenó al Ayuntamiento a la indemnización de daños y perjuicios como indemnización por el incumplimiento de la citada cláusula. Entiende el Juzgado que el incumplimiento del comprador que daría lugar a una resolución del contrato e imposible tal remedio por haber pasado a terceros hipotecarios, el Ayuntamiento debe indemnizar a la comunidad actora en los daños y perjuicios sufridos. Daños y perjuicios que se obtendrían de la diferencia entre el precio de la venta en 1941 y el correspondiente al momento de presentación de la demanda o el de su enajenación por el ayuntamiento.

Con posterioridad se interpone recurso de apelación por el ayuntamiento, recurso que se estimó por la Audiencia. Señala fundamentalmente la Audiencia que «no ha habido incumplimiento contractual imputable al Ayuntamiento, porque la cláusula litigiosa ya había perdido toda su virtualidad...resulta acreditado que los fines del pacto prohibitivo en cuestión ya se han realizado plenamente....que la finalidad de las cláusulas que garantizaban el respeto al mismo, como ya no tienen sentido, perdieron su eficacia jurídica...que no se contempla en el contrato sanción alguna por el incumplimiento de sus estipulaciones (cláusula penal) ni prevé para el caso de enajenación o cambio de destino su reversión al vendedor». Y respecto de los daños y perjuicios señala la Audiencia que el actor no ha demostrado que haya sufrido perjuicio alguno en la venta de los terrenos.

La comunidad hereditaria interpone recurso de casación. Son de relevancia algunos motivos que nos permitimos señalar. Señala el recurrente que «la prohibición de enajenar es el instrumento pactado por las partes para proteger el destino de los terrenos»; «que la prohibición de enajenar por actos *inter vivos* está admitida por nuestro Ordena-

miento, al amparo de la libertad de pactos consagrada por el art. 1.255 Cc.»; «que es cierto que no son admisibles las prohibiciones ilimitadas y absolutas, sino que como ha señalado la jurisprudencia... han de obedecer a un interés legítimo digno de protección...». Por último en lo que a nosotros interesa, el recurrente argumenta el perjuicio ocasionado a la comunidad hereditaria en el precio más ventajoso que obtuvo el Ayuntamiento en la compra de los terrenos, razón por la que dicho Ayuntamiento aceptó un contrato civil con la inclusión de una prohibición de disponer. Concretando por otra parte, el recurrente, el daño sufrido «en la diferencia entre el precio asignado por la contraparte —27 pts./m<sup>2</sup>— y el satisfecho por ella al Sr. Adulce —5 y 6 pts./m<sup>2</sup>—, naturalmente con la deflación correspondiente a la peseta de 1941 con relación a la de la fecha de interposición de la demanda, para que la equivalencia y el resarcimiento sean reales y justos».

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La demanda formulada en su día por el hoy recurrente interesaba la declaración de que la estipulación F) contenida en el contrato suscrito en 23 de octubre de 1941 entre Don Norberto Adulce Linares y el Ayuntamiento de Valladolid, es plenamente válida y eficaz y se condene a dicho Ayuntamiento a abonar a la Comunidad Hereditaria del Sr. Adulce Linares el importe de los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento cuya cuantía quedará diferida para el período de ejecución de sentencia. Ante la oposición de la parte demandada, recayó sentencia en primera instancia estimatoria de la acción ejercitada, en tanto que la Sala de Apelación con revocación de aquélla, desestimó dicha demanda.

SEGUNDO. Ha de señalarse que no hay formalizado ningún motivo por vía del artículo 1692 núm. 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por ende las declaraciones fácticas que la sentencia recurrida contenga han de constituir premisas obligadas en la aplicación adecuada del ordenamiento Jurídico.

TERCERO. El primer motivo al amparo del núm. 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la violación del artículo 1258 del Código Civil y como quiera que el tercer motivo con la misma base de cobertura casacional, denuncia igualmente la conculcación de los artículos 1281 y 1282 del mismo Código sustantivo han de ser examinados conjuntamente. Vaya por delante en cuanto a este último motivo, que aparte de la incorrección técnica de no señalar cuál



de los dos párrafos del artículo 1281 del Código Civil se considera infringido, es lo cierto que la sentencia recurrida no ha formulado ningún pronunciamiento que contradiga la evidencia de la literalidad de la estipulación F) del contrato de 23 de octubre de 1941, pues lo que afirma dicha sentencia es que dicha cláusula litigiosa ha perdido virtualidad porque el destino de los terrenos a fines deportivos, después de transcurridos casi cincuenta años con las vicisitudes acaecidas que la propia Sala relata, se ha agotado y por ende no hay incumplimiento contractual al haberse enajenado para fines distintos después de tanto tiempo. Por lo expuesto es indudable que la resolución recurrida está perfectamente impuesta de lo que dice el contrato en su cláusula F) en su doble vertiente: finalidad del negocio jurídico cual es la dedicación del terreno a fines deportivos y la prohibición de disponer del mismo por el Ayuntamiento a otros fines, con lo que, obviamente, al no haber las infracciones señaladas el motivo tercero no puede prosperar. Y a renglón seguido, ha de analizarse si hay o no la infracción que se acusa del artículo 1258 del Código Civil, porque si efectivamente al cabo del tiempo señalado por la sentencia se ha cambiado el destino, enajenando el terreno para fin distinto, apriorísticamente parece que hay un quebrantamiento de la norma sustantiva; pero es sabido que la prohibición de disponer, que cercena en su esencia la facultad más característica del dominio, que ha sido tratada con especial rechazo por su carácter desnaturalizador por la doctrina científica, han sido esas prohibiciones de disponer, objeto de un trato diferencial por el legislador según su origen y así tenemos que cuando se dispongan en negocios jurídicos onerosos, a consecuencia de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, al ser rechazados del campo del derecho de cosas, quedan marginados y encasillados en el derecho de obligaciones dentro del cual en principio la libertad de contratación del art. 1.255 del Código Civil las pone al resguardo de una auténtica validez. Sin embargo, de ahí no pueden sacarse consecuencias desmesuradas en orden a considerar como incumplimiento la circunstancia de la enajenación producida para otros fines después de casi cincuenta años en el presente caso: A) Se dice en la sentencia de 23 de diciembre de 1954 de la Audiencia de Valladolid (rollo de apelación) del proceso anterior número 182/45 del Juzgado de Primera Instancia número Dos de dicha capital, —que como es firme tiene la certeza de cosa juzgada material por tratarse del mismo contrato puesto entonces en trance de nulidad—, que hubo cartas de opción de compra dirigidas por el causahabiente de la parte actora al Ayuntamiento lo que repugna la idea de coacción o intimidación y que el precio

obtenido en la compraventa por el vendedor (causahabiente como ya se ha dicho de los actuales demandantes) no era ni mucho menos envilecido, sin más que tener en cuenta el que consta en la escritura de adquisición de los mismos terrenos por el dicho causahabiente Sr. Adulce, de fecha 10 de diciembre de 1940; B) Si la intención del vendedor era la obtención a ultranza de un destino deportivo negociado, hubiera constituido una garantía real que amparase el cumplimiento de la obligación contraída por el comprador como permite el artículo 27 de la Ley Hipotecaria; y C) Apoyan este sentido de no constituir la obligación del destino, juntamente con la prohibición de disponer como condición a ultranza, perpetua, las cláusulas H), I) y J), en el entendimiento de que estando como estaba sujeto a arrendamiento de tercero, el vendedor se desconectaba con la enajenación totalmente de esa vinculación obligacional que el arrendamiento representaba y que sólo trató de obtener privilegio personal del destino deportivo para sí y su hijo Sr. Adulce Pérez, como igualmente tan interesado estaba el vendedor en la venta que contribuyó crematísticamente a los gastos de construcción de un cerramiento de separación de la parcela vendida de la que como resto se reservaba el vendedor. Así y todo, nos encontramos con que a pesar de la licitud de la prohibición de disponer constatada en negocio oneroso, esa prohibición en su propia naturaleza y finalidad es contraria a la esencia de la facultad más propia del dominio y ciertamente que la doctrina va encaminada a proteger exclusivamente los derechos que sean legítimos y «*ad exemplum*» la Sentencia de 19 de diciembre de 1985, incluso dentro del ámbito obligacional, considera que la perpetuidad es opuesta a la naturaleza de la relación obligacional al constituir una limitación de la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico; si a ello se añade, que esa obligación que se pretende «perpetua» entraña un ataque a la esencia dominical, cabe por aplicación del artículo 3.º del Código Civil, hacer con mayor rigor aquí una analogía con la doctrina que anida en la cláusula «*rebus sic stantibus*». En efecto, esa cláusula, fruto de la equidad y del principio equilibrador de las prestaciones en los negocios onerosos, se aplica para que se modifiquen las estipulaciones irritantes o se resuelva el contrato en su tracto continuo cuando, como aquí acontece, -y no se olvide que es un contrato agotado en su causa finalista-, ha habido una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes en el momento de cumplir el contrato que como toda compraventa con precio satisfecho en el momento tuvo lugar el día de su celebración, con relación a las actuales después de cincuenta años; que hay una

desproporción inusitada, exorbitante, entre lo convenido y la indemnización que ahora se pretende y considera como restauradora del daño sufrido, —sin decir, eso sí, el recurrente, si fue entonces o ahora—; que la sobrevenencia de circunstancias imprevisibles se dan por el hecho del tiempo transcurrido y la naturaleza del derecho en que se suscita el problema de autos, pues aunque la obligación contraída es civil ya que el Ayuntamiento actuó como persona de derecho privado, el derecho urbanístico con su compleja gama de intereses sociales y públicos tiñen la situación de esas imprevisibilidades, que hacen que el interés de la parte recurrente no se pueda considerar legítimo y digno de protección, «*pactum de non alienando res propria non valet*», constituyendo un desfase en el ejercicio de ese derecho conforme al artículo 7.º del Código Civil (Sentencias de 26 de octubre de 1990; 13 de diciembre de 1991 y 6 de noviembre de 1992), porque no puede alegarse la irrogación de un perjuicio a los derecho-habientes del vendedor que cobró el precio pactado porque al cabo de los años, agotado el fin causal insito en el negocio celebrado, se haya producido un incremento en el precio de reventa en cuyo incremento es donde han influido esas circunstancias imprevisibles extrínsecas a la propia operación de transmisión primitiva y que son básicamente las de orden urbanístico con su acompañamiento natural de progreso social y económico, como también la depreciación de la moneda, en ninguna de cuyas circunstancias puede con justeza afirmarse que haya podido contribuir ninguno de los contratantes y por ello la legitimidad de su participación en el nuevo precio habiendo percibido el suyo no protegible para el vendedor y de los que de él traen causa. De aquí se deduce que el motivo primero no puede prosperar por cuanto no ha habido la infracción que se denuncia, como tampoco el motivo segundo, que con base en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala la infracción del artículo 1.255 en relación con el 785, ambos del Código Civil, toda vez, que la libertad de pacto no constriñe a perpetuidad al consentimiento de mutilación de una esencial facultad del dominio, cuando la obligación de mantener inútil esa facultad se ha agotado en el tiempo haciéndose imposible o muy irritante su respeto en función del cambio trascendental e imprevisible de las circunstancias existentes en el momento en que tal mutilación se convino, en el que no ha tenido parte la voluntad de las partes y sobre todo del que no se deriva un daño patrimonial para el vendedor o sus descendientes y en punto al artículo 785, ha de verse que ni la sentencia lo invoca, ni tampoco podía hacerlo, porque su cita sólo sería atendible para el supuesto de las prohibiciones de disponer por título gratuito en

función de la limitación que en él se contiene y a efectos del artículo 26-3.º de la Ley Hipotecaria, por lo que aquí no sería de aplicación. Por lo demás y en todo caso sí hubo daño en el cambio de destino, en el ámbito del orden urbanístico-administrativo, pudo por el aquí recurrente plantear el debate por eventual desviación de poder en la jurisdicción competente.

CUARTO. El motivo cuarto con base en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción del artículo 1.256 del Código Civil. En primer lugar, ya se ha dicho por la sentencia recurrida y aquí precedentemente que el fin causal negocial se agotó en función de circunstancias trascendentes e imprevisibles, por lo que el incumplimiento de esa condición de no enajenar para fin o destino distinto del deportivo, no comporta en absoluto la existencia de un perjuicio para el vendedor que cobró su precio justo y negociado por lo que no se ha dejado al arbitrio del comprador el cumplimiento de esa prohibición que se ha respetado durante cincuenta años que en materia urbanística es un tiempo razonablemente atendible y en punto a la invocación que se hace en el motivo del artículo 12 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 27 de mayo de 1955 ha de decirse que la sentencia recurrida ni lo ha aplicado ni de su contexto puede deducirse que haya analizado el tema debatido desde otro campo operativo que no sea el Derecho Civil privado, por lo que el motivo fracasa.

QUINTO. El motivo quinto, con sede en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como también el sexto motivo, señalan respectivamente la vulneración de los artículos 1.101, 1.105 y 1.107 del Código Civil y jurisprudencia que los interpreta cuyas sentencias invoca, que por referirse a los daños y perjuicios que el actor-recurrente reclama, han de ser desestimados porque la razón de su impetración ha de radicar forzosamente en que de hecho se hayan producido los daños y perjuicios que puedan proyectar la indemnización al perjudicado conforme a lo dispuesto en dichos preceptos; pero siendo el caso de que la sentencia recurrida proclama como cuestión de hecho la inexistencia de esos daños y perjuicios cuya declaración no ha sido combatida y que tal declaración negativa viene avalada en el proceso porque no se ha dicho en el mismo en que consisten esos daños y perjuicios, o toda vez que a su tiempo cobró el precio convenido al causahabiente del recurrente, quiérese decir que el alegato de ambos motivos incurre en el error técnico de hacer supuesto de la cuestión lo que está proscrito en casación y en todo caso lo que hábilmente quiere sugerirse es la existencia de un enriquecimiento injusto por el Ayuntamiento, lo que jurídicamente no puede ser atendible

porque para ello sería preciso un paralelo empobrecimiento del recurrente que no puede percibirse su existencia, máxime en un contrato de tracto único cuya prohibición de disponer había agotado su virtualidad jurídica en función de la sobrevenencia de circunstancias imprevisibles ajenas de todo punto a la voluntad de las partes contratantes y cuya reclamación por la parte vendedora aparte de la falta de prueba de ese binomio enriquecimiento-empobrecimiento, carece de la legitimidad propia de querer participar en un negocio distinto al propio que ya se había agotado y que por ello descubre un marcado distanciamiento de lo imperado en el artículo 7.º del Código Civil. Por ello ambos motivos perecen.

SEXTO. Rechazados los seis motivos, se desestima el recurso con costas (artículo 1.715 «*in fine*» de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

## II. COMENTARIO

La sentencia que nos proponemos comentar plantea distintas cuestiones que merecen ser en principio diferenciadas.

Deben distinguirse claramente las características de una prohibición de disponer frente a la mera obligación de no disponer, fundamentalmente en cuanto a su eficacia.

El incumplimiento de una prohibición de disponer no produce las mismas consecuencias que el incumplimiento de una obligación de no disponer. En el caso planteado la cláusula incluida en el contrato de compraventa puede interpretarse como obligación de no disponer, por ello deben analizarse tanto los caracteres y requisitos de este tipo de obligaciones, como las consecuencias a las que conduciría su incumplimiento, por lo que necesariamente deberá cuestionarse el daño producido y por consiguiente la posible indemnización de daños y perjuicios.

### DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE PROHIBICIÓN DE DISPONER Y OBLIGACIÓN DE NO DISPONER

Puede definirse la prohibición de disponer como la privación o restricción del poder de disposición que lleva anejo un derecho subjetivo y que impide que éste pueda ser enajenado, gravado o de otro modo ser objeto de disposición, con mayor o menor amplitud o sin llenar determinados

requisitos (1). La prohibición de disponer supone un cercenamiento de la facultad de disponer (2).

Generalmente las prohibiciones de disponer se clasifican desde diferentes puntos de vista. Las prohibiciones de disponer voluntarias son las que interesan al hilo de la sentencia que tratamos en estas páginas. Se dice en general que los particulares pueden establecer prohibiciones de disponer en actos a título oneroso y en actos a título gratuito. Sin duda sería mejor denominar a las primeras obligaciones de no disponer porque no son genuinas prohibiciones de disponer, cuya principal función es el cercenamiento de la facultad de disponer. Como veremos inmediatamente el régimen jurídico de estas dos figuras es completamente diferente.

Las prohibiciones de disponer impuestas en testamento se admiten por nuestro Código civil en el art. 785.2. Precepto que por otra parte hace alusión únicamente al límite temporal de su eficacia, remitiéndose al art. 781 del mismo cuerpo legal. Por ello para que sea válida una prohibición de disponer, no puede ser perpetua y siendo temporal, deberá cumplir lo previsto por el art. 781 CC. Literalmente el art. 785.2 no exige ningún otro requisito para la validez de las prohibiciones de disponer. Sin embargo, históricamente se exigió que el establecimiento de éstas respondiese a una causa razonable (3). A pesar del silencio del Código, no debe dudarse que el fundamento de una prohibición de disponer debe radicar en una causa razonable o interés digno de protección. No debe olvidarse que el Ordenamiento Jurídico no ha considerado en ningún momento el recorte a la libre disposición como un interés protegible, más bien todo lo contrario. Todo lo que implique una negación del poder de disposición consustancial al derecho de propiedad y a principios como la libre circulación de los bienes se mira con muchas reservas. Se debe partir de una idea básica: el derecho de enajenar se relaciona con un principio de orden público económico, el de la liber-

---

(1) Vid. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario II*, Barcelona 1979, p. 702.

(2) La facultad de disponer es la posibilidad jurídica que tiene el titular de un derecho de realizar actos que afecten radicalmente a la subsistencia de dicho derecho. Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid 1983; CAÑIZARES LASO, «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», *A.D.C.* 1991, p. 1453 y ss.

(3) Vid. CAÑIZARES, *ob. cit.*, pp. 1479 y ss. Actualmente la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, que regula de forma mucho más amplia esta materia en su art. 117,1 añade a los requisitos que hemos mencionado el de que la prohibición deberá responder a una razón lícita o al designio de beneficiar o tutelar a alguien, aunque sea al afectado por la prohibición, en caso contrario constituirá mera recomendación. La Ley 481 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra va más allá, pues señala que «la prohibición de disponer establecida en actos a título gratuito *inter vivos* o *mortis causa*, a favor de determinadas personas o determinables dentro de los límites del párrafo segundo de la Ley 224, tiene siempre eficacia real y será inscribible en el Registro».

tad de comercio. Es grave hacer a un bien inalienable por múltiples motivos: se falsea el mercado, algunos autores entienden que se hace el bien inembargable y por último se pueden llegar a frustrar las expectativas de los acreedores del propietario.

Por último debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el art. 23.6 LH son susceptibles de inscripción las prohibiciones de disponer «impuestas por el testador o donante en actos de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito.... siempre que la legislación vigente reconozca su validez».

La obligación de no disponer en general, o en particular la obligación de no contratar, implica la no realización de actos de disposición o en concreto la no celebración de un negocio jurídico (4). Aparece la obligación de no disponer como una subespecie de la obligación negativa. Los particulares en virtud de la autonomía privada pueden establecer este tipo de prestación negativa siempre que no sea contraria a la ley, la moral ni al orden público. La obligación negativa en general puede constituir una obligación autónoma entre dos personas determinadas y puede constituir también el especial contenido de una prestación incorporada a una obligación más amplia (5). En el supuesto que nosotros planteamos el pacto de no contratar aparece incorporado a un contrato de compraventa, por lo que la obligación de no contratar tiene que ser considerada como accesoria de la principal.

En la obligación negativa el deber del deudor radicará en un determinado comportamiento omisivo (6), si es de no disponer la prestación —omisión— consistirá en la no realización del acto jurídico en cuestión. Como señala DIEZ-PICAZO «Del mismo modo que en las obligaciones de hacer, la prestación constituye un objeto particular con un especial contenido y una específica función, en las obligaciones de no hacer, la inactividad impuesta al deudor no es una pura y simple inactividad, sino la no realización de determinados actos en atención a la función que con ello se trata de obtener....el interés y la finalidad perseguidos por el acreedor deben ser tenidos en cuenta para enmarcar la prestación del deudor. Como en toda obligación, también en la obligación negativa debe existir un interés del acreedor que sea lícito y digno de la tutela judicial». Es fundamental resaltar que la obligación de no disponer, en este caso de no contratar debe responder a un interés del

---

(4) *Vid.* Sobre la obligación negativa en general, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid 1993; EGUSQUIZA, *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Barcelona 1990; LUNA SERRANO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, com. art. 1.088; BADOSA COLL, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, com. art. 1.099. MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XV-1, dir. por ALBALADEJO, Madrid 1989. Com. art. 1.099, pp. 341 y ss., entre otros.

(5) *Vid.* DIEZ-PICAZO, *Fundamentos... cit.*, Madrid 1993, p. 249.

(6) *Vid.* arts. 1.088, 1.099 CC.

acreedor que sea digno de la tutela judicial. Con ello queremos decir que el simple capricho no debe obtener la tutela judicial.

La duración de la obligación de no disponer como subespecie de obligación negativa no aparece muy clara. Aunque existan obligaciones negativas que sean instantáneas, lo habitual será que el deudor quede obligado durante un tiempo a no realizar el acto en cuestión al que se haya vinculado, no vender por ejemplo. Es evidente que la duración de este tipo de obligación no puede ser indefinida o perpetua, puesto que no puede limitarse la libertad individual indefinidamente (7). Señala DIEZ-PICAZO (8) que por regla general, hay que entender que nadie puede quedar obligado para toda la vida (arg. art. 1.583) y que tampoco será válida la obligación cuando tenga una duración excesiva. Es claro que nadie puede quedar obligado para toda la vida pero cuando una obligación resulta excesiva es una cuestión que deberá estudiarse en los casos concretos y que será objeto de interpretación judicial, pues no existe base legal alguna que permita dilucidar la permisible duración de este tipo de obligaciones. Debe tenerse en cuenta que el art. 1.255 CC impone como límite, entre otros, el orden público que aquí podríamos entender como orden público económico, por lo que la duración excesiva de este tipo de pactos, que a fin de cuentas son contrarios a la libertad de contratación, aunque por otra parte no impidan la validez de los actos posteriores celebrados, no deben tener dicha duración excesiva. Sería curioso que al amparo de la libertad de contratación se pudiese recortar o prohibir indefinidamente la libertad de contratar. Las partes podrán establecer, por supuesto, la duración de la obligación, eso sí, no podrá ser por toda la vida y parece que tampoco deberá tener una duración excesiva. Dentro de estos límites, como señala DIEZ-PICAZO (9) las partes son libres para señalar la duración de la obligación. En el supuesto en que dicha duración no hubiera sido prevista será aplicable el art. 1.128 CC y habrán de ser los Tribunales los que la fijen.

Pueden observarse las diferentes características que definen conceptualmente la prohibición de disponer y la obligación de no disponer que en ningún momento deben confundirse. Como veremos inmediatamente, el incumplimiento de una o de otra conduce a consecuencias jurídicas completamente distintas. No debe confundirse, por consiguiente, la obligación de no disponer que no cercena el poder de disposición con la prohibición de disponer que conlleva la privación o restricción del poder de disposición que lleva anejo un derecho subje-

---

(7) EGUSQUIZA, (*ob. cit.*, p. 51) parece admitir la duración indefinida de este tipo de obligaciones cuando son obligaciones duraderas negativas, continuadas o de tracto continuado. Si bien no hace referencia la citada autora a la posibilidad de una obligación de no disponer.

(8) *Ob. cit.*, p. 251.

(9) *Ob. cit.*, p. 251.



tivo. En general puede decirse que ante un supuesto concreto saber si estamos en presencia de una o de otra es una cuestión de interpretación. Cabe señalar, como dijimos al principio, que si el acto en cuestión en el que está inserta la cláusula de no disponer es un acto a título oneroso, por ejemplo compraventa, es indudable que en todo caso no estaremos en presencia de una genuina prohibición de disponer, pues sólo las establecidas en testamento (10) y en las condiciones señaladas anteriormente podrán ser válidas prohibiciones de disponer. Otra cuestión será si el acto es un testamento, ahí la labor interpretativa deberá radicar en dilucidar si verdaderamente la prohibición cercena el poder de disposición o simplemente constituye una obligación de no disponer.

La cláusula cuestionada origen de la sentencia que comentamos se expresaba en la escritura de compraventa en los siguientes términos: *«El Ayuntamiento de esta ciudad no podrá destinar los terrenos que por esta escritura adquiere más que para la construcción del Estadio Municipal y para los servicios a él anejos sin que pueda enajenar ni dedicar a otros fines en todo ni en parte los mencionados terrenos».*

Pueden diferenciarse dos partes completamente distintas en la referida cláusula. De un lado la finalidad del negocio de compraventa aceptado por ambas partes en cuanto a la dedicación del terreno a la construcción de un estadio municipal que, como más tarde veremos, podría constituir causa concreta del contrato. De otro lado en cuanto a la imposibilidad de enajenación, la calificación de la cláusula en cuestión no ofrece ninguna duda. Como hemos dicho anteriormente sólo se admiten las genuinas prohibiciones de disponer por nuestro Ordenamiento cuando se trate de actos a título gratuito, nunca a título oneroso. Siendo el acto en cuestión una compraventa es indudable que en cualquiera de los casos no estaríamos ante una genuina prohibición de disponer. Por ello no alcanzamos a entender cómo el recurrente en casación, amparándose en el art. 1.692.5 LEC, recurre la infracción del art. 1.255 en relación con el art. 785, ambos del Código civil y la jurisprudencia que los interpreta. La argumentación del Tribunal Supremo deja clara la cuestión al señalar, en su Fundamento de Derecho tercero, respecto del citado art. 785 que *«ha de verse que ni la sentencia lo invoca, ni tampoco podía hacerlo, porque su cita sólo sería atendible para el supuesto de las prohibiciones de disponer por título gratuito en función de la limitación que en él se contiene y a efectos del artículo 26.3 de la Ley Hipotecaria, por lo que aquí no sería de aplicación».*

---

(10) La doctrina en general admite las prohibiciones de disponer en donación. Bajo nuestro punto de vista puede defenderse que éstas no son admitidas por nuestro Ordenamiento Jurídico. *Vid.* CAÑIZARES. *ob. cit.*, pp. 1467 y ss.

Por otra parte nadie duda que en virtud de la autonomía de la voluntad las partes pueden realizar los pactos que les interesen, pero esa no es la cuestión, sino que la pregunta es si al amparo de la autonomía de la voluntad las partes pueden vincularse indefinidamente al cumplimiento de una obligación de no contratar, aun reconociéndose un interés razonable y legítimo en virtud del cual se establezca la concreta obligación de no disponer, en este sentido señala DIEZ-PICAZO (11) que «como en toda obligación, también en la obligación negativa debe existir un interés del acreedor que sea lícito y digno de la tutela jurídica». Según recoge la sentencia de la Primera Instancia en sus antecedentes de hecho «respondía esta prohibición de disponer a una indudable causa o razón justificada, pues bastaba recordar que la compraventa se efectuó tras la iniciación de un expediente expropiatorio y que el vendedor fijó un precio mucho más bajo que el de mercado en razón del destino de los terrenos, sin perseguir fin de lucro sino con el deseo de contribuir a la realización de fines sociales». El Tribunal Supremo destaca varias veces en los distintos fundamentos de derecho los cincuenta años durante los cuales la obligación ha sido cumplida. Concretamente en el fundamento de derecho tercero señala, con cita de la sentencia del mismo Tribunal de 19 de diciembre de 1985 que «la perpetuidad es opuesta a la naturaleza de la relación obligacional al constituir una limitación de la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico». Es claro que nadie puede obligarse para toda la vida y por otra parte tampoco debe ser válida la obligación cuando tenga una duración excesiva. El problema que plantea la cláusula analizada es precisamente que no tiene un plazo de duración de la obligación y de sus términos podría entenderse la duración indefinida, cosa que no se puede admitir. Averiguar cuándo una obligación resulta excesiva, no existiendo disposición legal alguna que limite la duración de este tipo de obligaciones, es una cuestión de interpretación judicial, y en virtud del art. 1128 CC habrán de ser los Tribunales los que la fijen.

#### INCUMPLIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE DISPONER Y DE LA OBLIGACIÓN DE NO DISPONER

En un sistema como el nuestro, en el que los derechos reales, salvo excepciones como la hipoteca, se constituyen, modifican y extinguen fuera del Registro de la Propiedad, las prohibiciones de disponer serán eficaces con independencia del Registro de la Propiedad, su validez y eficacia será previa a su publicidad registral. Por tanto con independencia de su inscripción, en virtud de la prohibición, si el sujeto sometido a ella vende sin facultad de disponer, no habrá transmitido la

---

(11) *Fundamentos. cit.*, p. 249.

propiedad. Ello puede plantearse de otra manera si se acepta que las prohibiciones de disponer con eficacia real requieren la inscripción constitutiva, existiendo a favor de esta postura distintos argumentos, como ya hemos mantenido (12). De admitir la inscripción constitutiva para la eficacia real de las prohibiciones de disponer, obtendríamos dos regímenes jurídicos distintos de prohibiciones establecidas en actos a título gratuito. Las prohibiciones de disponer inscritas en el Registro de la Propiedad tendrán eficacia real, eficacia originada por la inscripción y el acto realizado incumpliendo la misma será nulo en su vertiente traslativa (13), (14). Las prohibiciones de disponer no inscritas, únicamente originarán un vínculo obligacional y por tanto tendrán la consideración de obligaciones de no disponer.

El incumplimiento de una obligación de no disponer, que se origina con la disposición, no hace el acto nulo. Este acto es plenamente válido y eficaz. Sería deseable en nuestro Código la claridad que encierra por ejemplo el §137 BGB cuando señala que «La facultad de disposición sobre un derecho enajenable no puede ser excluida o limitada por medio de un negocio jurídico. La eficacia de la obligación, sobre tal derecho no disponible, no se afectará por esta disposición» (15); o del art. 1.379 del Código civil italiano que dispone «La prohibición de enajenar establecida por contrato tiene efecto sólo entre las partes y no es válida si no está constituida entre convenientes límites de tiempo y no responde a un apreciable interés de una de las partes» (16).

Es curioso que el Juez de Primera Instancia señale en el fundamento de derecho primero de la sentencia lo siguiente: «La demanda es de escasa complejidad jurídica, en su formulación, el Ayuntamiento de Valladolid adquiere unos inmuebles del causante de los actores, en un precio reducido, con la condición expresa de destinarlos a fines deportivos. Más tarde, la Corporación articula un plan de urbanización de ta-

---

(12) Vid. CAÑIZARES, *ob. cit.*, pp. 1498 y ss.

(13) La doctrina en general entiende que el acto realizado infringiendo la prohibición es nulo. Sin embargo y a pesar de que se afirma que el negocio jurídico contrario a la prohibición es nulo de pleno derecho, de lo que derivaría una legitimación para cualquiera incluido el propio vendedor, la distinción entre contrato obligatorio y acto dispositivo (tradición) permite mantener la validez del primero y afirmar la ineficacia del segundo. En este sentido hay que entender que el acto sea nulo, es decir no hay transmisión de la propiedad, pero igual que en el caso de venta de cosa ajena, el contrato es válido y eficaz.

(14) Vid. CAÑIZARES, *ob. cit.*, pp. 1505 y ss. En cuanto a las acciones que puede ejercitar el comprador de un bien sujeto a una genuina prohibición de disponer.

(15) Vid. FLUME, *Allgemeiner Teil, des Bürgerlichen Rechts*, Tomo II, Das Rechtsgeschäft. Berlín, Heidelberg, New York 1979, pp. 262 y ss.; STAUDINGER, *Kommentar BGB...* 12 Auflage, §§90-240, §137 entre otros. Vid. JURGEN JOHLER, *Das Verfügungsverbot gemäss §938 ZPO im Liegenschaftsrecht*, München 1984.

(16) Vid. GALGANO, *Diritto Privato*, Padova 1988, pp. 311 y ss.

les terrenos y los vende, al menos en parte, a «El Corte Inglés». Se sigue de ello el incumplimiento del comprador que daría lugar a una resolución del contrato e, imposible talremedio por haber pasado a terceros hipotecarios, debe indemnizar a la comunidad hereditaria actora en los daños y perjuicios sufridos». Nos permitimos transcribir literalmente este fundamento de derecho porque manifiesta una rapidísima calificación de los hechos seguida de una total confusión en los términos jurídicos.

En primer lugar la calificación del pacto como una condición, se entendería resolutoria. Parece que de los términos de la cláusula no se desprende que el pacto de no vender se eleve a condición por las partes. Dijimos anteriormente que en la tan citada cláusula del contrato se diferencian dos partes: de un lado el destino de los terrenos a determinada construcción y de otro la obligación de no vender.

Desde luego el pacto de destino de los terrenos a determinada construcción se podría entender como condición resolutoria, evidentemente nunca suspensiva. Como señala DIEZ-PICAZO (17) «el juego de la condición puede ser considerado como una delimitación expresa del supuesto de hecho de vigencia de la reglamentación negocial. Mediante la condición, se delimita o acota de una manera precisa la hipótesis o el supuesto de hecho para el cual la reglamentación de intereses debe tener vigencia». Citando a DE CASTRO, señala a su vez DIEZ-PICAZO que la condición puede explicitar o revelar cuál ha sido para las partes la causa concreta del negocio jurídico establecido entre ellos. DE CASTRO (18) advirtió la utilidad de la llamada «causa concreta». Señala este autor que «se tratará de poner en claro cuál fuera el resultado y repercusión social del negocio, en cuanto venga a darle un especial sentido respecto a su calificación o clasificación causal» (19). Sin embargo aquí nos referimos a la causa concreta, siguiendo al Prof. DE CASTRO (20), no de la causa en el sentido de tipo del negocio, sino de aquél propósito práctico conocido y aceptado implícitamente por las partes, conforme a la naturaleza y circunstancias concretas de cada negocio. En ese sentido señala DE CASTRO «significado de la causa que se revela en la condición con alcance de causa y en la doctrina del error».

En la sentencia que comentamos el problema de entender la citada cláusula como condición nos conduce directamente a un problema de

---

(17) *Fundamentos, cit.*, p. 348.

(18) *El negocio jurídico*, Madrid 1985, pp. 228-229.

(19) Lo que el Tribunal Supremo ha denominado como «los motivos incorporados a la causa». En este sentido la STS de 16-2-1935 señaló «que hayan sido conocidas de ambas partes y puedan considerarse incorporadas a la común intención inspiradora del contrato». *Vid. DE CASTRO, El negocio... cit.*, p. 229.

(20) *El negocio... cit.*, p. 317.

causa concreta del contrato celebrado. Si lo que intenta decirse, en la sentencia de la 1.<sup>a</sup> Instancia es que la causa finalista del negocio fue la construcción de un estadio, y en el caso en que pudiésemos calificarlo de causa concreta ya que como señala el Supremo posteriormente «es un contrato agotado en su causa finalista», en ese sentido la condición no se ha incumplido puesto que el Ayuntamiento efectivamente destina los terrenos a la construcción del estadio deportivo. De no haber sido así estaríamos ante el vivo ejemplo respecto de qué pasaría si el negocio se deja sin causa no en su fase de celebración sino posteriormente. Como señala el Prof. DE CASTRO (21) «La causa es citada en el Código civil como requisito para la existencia del contrato (art. 1.261). De ahí el prejuicio de que la función de la causa acaba en el momento mismo de haber dado nacimiento al negocio jurídico. Esta limitación del significado de la causa resulta inadecuada para las relaciones jurídicas de larga e indeterminada duración, como lo muestran las figuras de la condición y el modo».

En segundo lugar, la sentencia de 1.<sup>a</sup> Instancia alude al incumplimiento de la obligación, entendemos de la de no vender, que no conduciría a la resolución. Recuérdese que la resolución regulada por el art. 1.124 exige una relación obligatoria sinalagmática. Sin duda la compraventa lo es, pero la obligación de no vender no participa en el sinalagma, mientras las partes no lo incluyan como un obligación esencial surgida del contrato y siempre con los caracteres que hemos señalado anteriormente de dicho tipo de obligaciones. Podría argumentarse el incumplimiento de diferentes maneras. Puede entenderse que la obligación de no vender se introduce como condición del contrato en los mismos términos vistos para el destino de los terrenos. Evidentemente creemos que esto es imposible. Es imposible porque no podría ser causa del contrato, entendida causa concreta, una limitación del poder dispositivo como contrario al orden público del art. 1.255 CC, lo que conduciría directamente a la nulidad del contrato, en su fase de celebración (22).

En nuestro caso siendo, como lo es, una obligación de no vender, el incumplimiento podrá suponer una posible indemnización de daños y perjuicios pero no más. No obstante recuérdese que procederá la indemnización de daños siempre y cuando dichos daños existan. Por

---

(22) . *El negocio... cit.*, pp. 313 y ss.

(22) Con independencia de lo argumentado en el texto, en ningún caso puede interpretarse extensivamente un pacto de no vender. De acuerdo con los criterios de interpretación el Derecho excepcional (así podría entenderse un pacto ilimitado de no vender como contrario a principios como la autonomía de la voluntad o el orden público económico) como contrario a los principios en los que se sustenta nuestro Ordenamiento debe ser interpretado restrictivamente. En este sentido, sea lo que fuere, la cuestión siempre debe ser decidida en favor del principio de libertad, por tanto del menor efecto limitativo.

consiguiente el problema del supuesto que comentamos sería la demostración de la existencia de los daños. Cuestión que habría que haber relacionado directamente con el interés del acreedor, por supuesto lícito y digno de la tutela jurídica, que encerraba la obligación negativa.

Previa a la indemnización, evidentemente, es la existencia del daño. El daño debe entenderse como la situación desventajosa en la que queda el acreedor en virtud de la lesión de su derecho de crédito. Por ello en primer lugar debería haberse demostrado el daño efectivo, sin el cual no procede indemnización alguna, daño por otra parte que en el caso no queda probado. La existencia del daño se concreta en las consecuencias desventajosas que al acreedor le haya producido la lesión contractual, lo que se comprende en el llamado interés negativo. Al acreedor la indemnización le coloca en la misma situación que tendría si la lesión no se hubiera producido (23).

Los herederos del vendedor, en el caso de la sentencia, intentan argumentar dicho daño en el precio establecido para los terrenos más bajo por la existencia precisamente de la obligación de no vender y la necesaria construcción del estadio. Recuérdese que, por un lado el estadio fue construido y por otro que habían pasado cincuenta años entre la celebración de la venta y el incumplimiento de la obligación negativa. Por otra parte como señala DIEZ-PICAZO (24), la lesión del derecho de crédito no puede medirse únicamente, de acuerdo con los postulados de la teoría de la diferencia, por la diferencia entre el valor de su patrimonio antes y después de la lesión, sino que exige una comprobación más amplia de la situación patrimonial entera. En el caso que nos ocupa la situación del vendedor hubiera sido la misma si el Ayuntamiento en vez de parcelar la zona hubiera mantenido el viejo Estadio Zorrilla en el mismo lugar.

---

(23) Vid. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos II, cit.*, pp. 682-683

(24) *Fundamentos II, cit.*, p. 683.



Seguro voluntario: llamada de la Compañía  
Aseguradora al proceso. Intervención adhesiva o  
llamada en garantía.  
(Comentario a la sentencia de la Sala Primera del  
Tribunal Supremo de 26 de junio de 1993)

CARMEN SAMANES ARA  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Zaragoza  
Juez excedente

**SUMARIO:** I. La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1993. 1. Resumen de los datos relevantes del caso. 2. Fundamentos de derecho. 3. Planteamiento del problema suscitado. II. Distinción entre intervención voluntaria y provocada. III. La llamada en garantía y la intervención adhesiva: su diferente alcance. IV. Carácter de la intervención de la entidad aseguradora. V. Condición de parte o negación de dicha condición al interviniente adhesivo y diferencia con el garante.

1. LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE JUNIO DE 1993

1. RESUMEN DE LOS DATOS RELEVANTES DEL CASO

En el proceso del que dimana la sentencia objeto de este comentario, el demandante, propietario de un establecimiento comercial dedicado a negocio de bar, ejerció acción de responsabilidad extracontractual contra el propietario del piso primero, con motivo de los daños producidos en aquél, a consecuencia de la inundación de aguas procedente



de la rotura de una tubería en la clínica dental ubicada en el referido piso primero. El demandado, antes de contestar a la demanda, y alegando que la Comunidad de Propietarios del edificio en cuestión tenía concertada con una entidad aseguradora una póliza de seguros que cubría el expresado riesgo, pidió que se pusiera en conocimiento de ambas la existencia del proceso, por si querían personarse en el mismo y asumir las responsabilidades reclamadas o hacer las alegaciones que tuvieran por conveniente.

Personadas ambas, la Comunidad de Propietarios se opuso a la demanda alegando que no estaba probada la certeza de los daños, mientras la Compañía, reconociendo la certeza de los daños, se negó a asumir responsabilidad alguna en el proceso en que no había sido demandada, alegando que el expresado siniestro quedaba excluido de la póliza de seguro. El demandado, por su parte, se opuso a la demanda alegando que a él no le correspondía responder de los daños por existir la mencionada póliza.

La sentencia de Primera Instancia condenó al demandado «a abonar al actor la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia, cantidad que podrá reclamar en los procedimientos correspondientes a la Comunidad de Propietarios y a la Compañía de Seguros Unión Iberoamericana S.A.».

Recurrida la sentencia, el fallo de la Audiencia Provincial fue del tenor siguiente: «debemos revocar y revocamos dicha resolución, absolviendo a los demandados de todas las pretensiones de la demanda e imponiendo al actor las costas de ambas instancias».

El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor, y condena al demandado D. Guillermo G. G. a que indemnice al actor en la cantidad total de 2.832.977 pesetas.

## 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Con motivo de los daños producidos en el negocio de bar (denominado «Pub Dickens»), instalado en el local comercial núm. 1, sito en el bajo de la casa núm. 1 de la calle Hernani, de San Sebastián, como consecuencia de inundación de aguas procedentes de la rotura de una tubería en la clínica dental instalada en el piso primero, letra B, de la misma casa, don Joaquín F. R. (propietario del expresado local comercial y del «Pub» instalado en el mismo) promovió contra don Guillermo G.G. (propietario del referido piso primero, letra B, y titular, como médico odontólogo, de la clínica dental instalada en el mismo) el proceso de que este recurso dimana, en el que, ejercitando acción de responsabilidad por culpa extracontractual, postuló se condene al referido demandado a indemnizarle en la cantidad total de cuatro millones doscientas cincuenta mil cuatrocientas diecinueve

(4.250.419) ptas., en concepto de daños y perjuicios; el demandado señor G. G., antes de contestar a la demanda y alegando que la Comunidad de Propietarios del citado edificio tenía concertado con la entidad «Unión Iberoamericana Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros», una póliza de seguro que cubría el expresado riesgo, pidió que se pusiera en conocimiento de las referidas Comunidad de Propietarios y entidad aseguradora la existencia del proceso («llamada en garantía») por si querían personarse en el mismo y asumir las responsabilidades reclamadas o hacer las alegaciones que tuvieran por conveniente; denegada dicha petición por el Juzgado mediante la providencia correspondiente, el demandado señor G. G. interpuso contra ella recurso de reposición, a cuya estimación se opuso el demandante señor F. R., no obstante lo cual el Juzgado (por Auto de fecha de 28-10-1988), estimó el referido recurso de reposición y acordó que se notificara la existencia del proceso a dichos terceros extraños al mismo (las referidas Comunidad de Propietarios y entidad aseguradora) a los efectos procedentes, pero sin que ello implicara modificación de los elementos subjetivos entre los que estaba entablado el proceso. A virtud del expresado «llamamiento en garantía», se personaron las expresadas Comunidad de Propietarios y entidad aseguradora; la primera de ellas, después de reconocer la certeza de la existencia de la póliza, se opuso a la demanda, alegando que no estaba probada la certeza de los daños; la segunda de ellas («Unión Iberoamericana Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros») reconociendo la certeza de los daños, se negó a asumir responsabilidad alguna en el proceso en el que no había sido demandada, alegando que el expresado siniestro quedaba excluido de la póliza de seguro que tenía concertada con la Comunidad de Propietarios del edificio; por su parte, el único demandado en el proceso, don Guillermo G. G., contestó a la demanda y se opuso a la misma, alegando que a él no le correspondía responder de los daños reclamados, por existir la mencionada póliza de seguro. La sentencia de primera instancia condenó al demandado don Guillermo G. G. «a abonar al actor la cantidad que acredite en ejecución de sentencia, cantidad que podrá reclamar en los procedimientos correspondientes a la Comunidad de Propietarios y a la “Compañía de Seguros Unión Iberoamericana S.A.”». En el correspondiente recurso de apelación, interpuesto por el demandante y al que se adhirieron el demandado señor G. G. y las «llamadas al proceso» Comunidad de Propietarios y entidad aseguradora, recayó sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián, con el siguiente fallo: «Debemos revocar y revocamos dicha resolución, absolviendo a los demandados de todas las pretensiones de la demanda e imponiendo al actor las costas de ambas instancias». Contra la referida sentencia de la Audiencia, el actor don Joaquín F. R. interpuso el presente recurso de casación con cinco motivos, de los cuales, quedan subsistentes solamente el primero, el tercero y el cuarto, pues los números segundo y quinto fueron inadmitidos por esta Sala, en su momento.

SEGUNDO. Por el primero de dichos motivos, con sede procesal en el inciso segundo del ordinal tercero del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente acusa a la sentencia recurrida de que, al haber admitido en el proceso a unos terceros (la Comunidad de Propietarios del Edificio y la entidad aseguradora «Unión Iberoamericana»), que no habían sido demandados, ha quebrantado las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, con producción de indefensión, por lo que postula que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso (en sus dos instancias), a partir del Auto del Juzgado (de fecha 28-10-1988) por el que admitió la entrada en el proceso de los referidos terceros, extraños al mismo, que no habían sido demandados. La prosperabilidad de un motivo como el aquí utilizado (inciso segundo del ordinal tercero) se halla inexcusablemente condicionada por la concurrencia de los dos siguientes requisitos: a) que se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia en que se hubiere cometido y que, de haberlo sido en la primera instancia, se reproduzca en la segunda (art. 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y b) que ese supuesto quebrantamiento de forma haya producido indefensión a la parte que lo alega (inciso segundo del propio ordinal tercero del art. 1.692 de la citada Ley Procesal). Ninguno de los dos mencionados requisitos concurren en el presente caso, pues el expresado Auto de fecha 28-10-1988, por el que el Juzgado acordó la llamada al proceso de esos dos terceros extraños al mismo (Comunidad de Propietarios y entidad aseguradora), a pesar de no haber sido demandadas, fue consentido (no recurrido), por el demandante señor F. R. quien, además, no pidió la subsanación de esa supuesta falta o transgresión en ningún momento posterior de la primera instancia, ni tampoco en la segunda, y, por otro lado, la entrada en el proceso de los dos referidos terceros extraños al mismo tampoco produjo indefensión alguna al demandante, pues éste contestó (en el acto de la comparecencia; arts. 691 a 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) cuanto tuvo por conveniente a las alegaciones que dichos terceros hicieron en sus respectivos escritos. Por todo lo expuesto, el presente motivo, en los términos y con la finalidad (declaración de nulidad de actuaciones) con que el mismo aparece articulado, ha de ser desestimado, aunque ello sin perjuicio de las consideraciones que, al examinar el motivo tercero, seguidamente se harán acerca del alcance y vinculación procesal de la «llamada en garantía».

TERCERO. *A diferencia de la voluntaria o adhesiva, la intervención obligada o coactiva en el proceso tiene lugar a través de la institución conocida por «llamada en causa» o «llamada en garantía» («litis denuntiatio»), carente en absoluto de regulación en la Ley Rituaria Civil y admitida en supuestos muy específicos de nuestro ordenamiento jurídico sustantivo (arts. 1.084, 1.481, 1.482, 1.553, 1.830 y 1.832 del Código Civil) y se produce, generalmente del lado pasivo de la relación jurídico procesal, cuando el que ve demandado en el*

*proceso y tiene, o cree tener, a virtud de una precedente relación negocial (lo que hace difícilmente concebible su aplicabilidad a los supuestos de responsabilidad por culpa extracontractual), ciertos derechos frente a un tercero, que pueden verse afectados por la sentencia que recaiga en dicho proceso, pide al órgano jurisdiccional que llame a dicho tercero al expresado proceso para dejar así salvaguardados los expresados derechos que al demandado (garantizado) le puedan corresponder contra el mencionado tercero (llamado garante), ante cuya llamada el tercero puede personarse en el proceso y asumir las responsabilidades reclamadas al único demandado en el proceso, en cuyo supuesto pasará a convertirse también en demandado, o puede negar toda relación con el asunto reclamado al demandado principal, en cuyo caso las controversias existentes entre el tercero (llamado garante) y dicho demandado principal habrán de ventilarse en otro proceso distinto, por lo que la sentencia que recaiga en el ya en curso, habrá de referirse únicamente al demandado principal y único, pero no al tercero (llamado) que niega toda relación con el asunto litigioso debatido y contra el que el demandante no ha ejercitado acción alguna.*

Esto último (y recordando, de nuevo, la inconcebible aplicabilidad de la «llamada en garantía» a los casos de responsabilidad por culpa extracontractual) es lo ocurrido en el supuesto que nos ocupa, en el que habiendo sido demandada exclusivamente una sola persona (en este caso, don Guillermo G. G.), como supuesto responsable directo y único de unos daños por culpa extracontractual, en cuanto propietario del piso en que se produjo la rotura de la tubería, cuyas aguas inundaron y causaron daños en el negocio del demandante (art. 1.910 del Código Civil), si dicho demandado único y exclusivo, valiéndose hábilmente de una institución («*litis denuntiatio*») de difícil aplicabilidad al caso, llama al proceso a unos terceros por considerar que son los responsables de los referidos daños y dichos terceros niegan su relación con los hechos y subsiguiente responsabilidad por los mismos, la sentencia que recaiga en el proceso no puede pronunciarse (para absolverlos o condenarlos) sobre dichos terceros que no han sido demandados y que niegan su responsabilidad, sino que ha de limitar su pronunciamiento al único demandado (en este caso don Guillermo G. G.) que lo fue, y podía serlo, como responsable único y directo de los daños producidos por la inundación, al ser el dueño de la vivienda de donde provino la caída de las aguas («cabeza de familia» le llama el art. 1.910 del Código Civil, que es el único al que dicho precepto responsabiliza y, por tanto, el único al que el actor tenía que demandar, como así lo hizo correctamente), ello sin perjuicio de que si dicho demandado único (después de atender la responsabilidad que le incumbe) entiende que el expresado siniestro (inundación del negocio del demandante) se hallaba cubierto por la póliza de seguro suscrita entre la Comunidad de Propietarios del edificio y la entidad aseguradora «Unión Iberoamericana», extremo que ésta niega, y acerca de lo cual es completamente ajeno el demandante perjudicado, puedan ventilarlo a través del proceso correspondiente,

pero no el que aquí nos ocupa, en el que el actor solamente ha demandado al que considera responsable directo de los daños, en cuanto dueño del piso del que cayeron las aguas causantes de la inundación. Con base en lo anteriormente expuesto, ha de ser estimado el motivo tercero (el segundo, como ya se dijo, fue inadmitido por esta Sala), con sede procesal en el ordinal quinto del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la hoy vigente) y por el que, denunciando infracción de los arts. 260 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1.985, 1.578, 2.635 y ApNDL 8.375) y 24 de la Constitución (RCL 1.978, 2.836 y ApBDL 2.875), el recurrente viene, en esencia, a sostener que él dirigió su demanda única y exclusivamente contra el dueño del piso desde el que se produjo la caída del agua, que causó los daños en el negocio de su propiedad, y no contra los terceros a los que dicho demandado ha querido traer al proceso mediante esta anómala «llamada en garantía» y a los que la sentencia recurrida absuelve, sin haber sido demandados. La estimación del expresado motivo, según se desprende de todo lo anteriormente dicho, ha de entenderse hecha en el sentido de que, al haber negado los terceros traídos al proceso por decisión unilateral del demandado (Comunidad de Propietarios del edificio y entidad aseguradora «Unión Iberoamericana») toda responsabilidad por los daños causados y habiendo sido demandado únicamente, como responsable directo de dichos daños, el dueño del piso del que provino la caída del agua (único al que responsabiliza el art. 1910 del Código Civil), sólo respecto de éste debió pronunciarse la sentencia recurrida (para absolverlo o condenarlo) y no respecto a unos terceros que no habían sido demandados y que fueron introducidos en el proceso a través de una sedicente y extraña «llamada en garantía», y ello sin perjuicio de las acciones, se repite, que a dicho demandado único le puedan corresponder contra los referidos terceros, las que habrá de ejercitar en el juicio correspondiente.

CUARTO. Antes de entrar en el examen del motivo cuarto (último de los admitidos) ha de dejarse constancia de que la sentencia recurrida, a través de una confusa motivación, contenida en su Fundamento Jurídico Segundo, después de considerar probada la certeza y realidad de los daños producidos en el local y negocio del demandante (dice literalmente al respecto: «Se aprecia, en esta línea y en un primer término, como quedó constatado, el hecho originario de la reclamación, cual fue la inundación padecida en la finca, número Uno, de la calle Hernani, de esta ciudad derivada de la rotura de una tubería en la clínica dental del hoy demandado y adherido a la apelación don Guillermo G., que provocó diversos daños en el establecimiento del ahora recurrente. La rotura de la tubería e inundación que se recogen, están plenamente acreditados, tanto por el recurrente-demandado señor G., como por el conjunto de las pruebas»), sin embargo desestima la demanda y absuelve al demandado único señor G. G. (también a los dos terceros no demandados) porque considera que no se ha probado «la extensión cuantitativa de dichos daños».

QUINTO. Por el motivo cuarto, con la misma sede procesal que el anterior, y denunciando infracción de los arts. 1.215, 1.228 y 1.242 del Código Civil y del art. 359 (aunque erróneamente dice el art. 395, según ha rectificado el Letrado de la parte recurrente en el acto de la vista) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente viene, en esencia, a sostener, por un lado, que por los medios de prueba utilizados en el proceso ha quedado acreditada la cuantía de los daños sufridos y, por otro lado, que aunque dicha cuantía se considerara no acreditada, como aparece plenamente probada la certeza de la producción de los daños, la sentencia recurrida, dice el recurrente, debió estimar la demanda a reserva de fijar la cuantía de dichos daños en fase de ejecución de sentencia. El motivo ha de ser estimado, pues apareciendo probada la realidad y certeza de la producción de los daños, como consecuencia de la caída de las aguas desde el piso (clínica dental) del demandado señor G. G. al negocio del demandante señor F. R., como así lo declara expresamente la sentencia recurrida (al igual que antes había hecho la del Juez), ha de hacerse un pronunciamiento estimatorio de la demanda, sin que a ello sea obstáculo el que no se considere probada la cuantía de tales daños, pues la cuantificación de los mismos puede relegarse para la fase de ejecución de sentencia, según establece expresamente el art. 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y tiene reiteradamente declarado esta Sala (SS. 31-10-1988 [RJ 1.988, 7.782], 10-7-1989 [RJ 1.989, 5.417], 17-10-1990 [RJ 1.990, 7.977], 7-5-1991 [RJ 1.991, 3.584], por citar algunas), y ello en el supuesto de que en el proceso no aparezca prueba suficiente acerca de la referida cuantificación de los daños, de lo que habremos de ocuparnos seguidamente cuando, actuando ya esta Sala como órgano de instancia, haya de dictar la resolución que sea procedente.

SEXTO. El acogimiento de los motivos tercero y cuarto, con las consiguientes estimación del recurso y casación y anulación de la sentencia recurrida, obliga a esta Sala, conforme preceptúa el núm. 3.º del art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a resolver lo que corresponde dentro de los términos en que aparece planteado el debate, lo que ha de hacerse en los términos que se desprenden de lo que a continuación se expone. Aparece probado en el proceso que el día 7-8-1987, como consecuencia de la rotura de una tubería horizontal perteneciente al piso 1.º B de la casa número uno de la calle Hernani, de San Sebastián, propiedad de dicho piso del demandado don Guillermo G. G. (en donde tiene una clínica dental), se produjo una caída de agua desde dicho piso al local comercial, propiedad del demandante señor F. R., que tiene allí instalado un negocio de bar-pub (denominado «Pub Dickens»), en el que se produjeron daños como consecuencia de la inundación de las aguas, de la reparación de cuyos daños debe responder el demandado señor G. G., conforme establece el art. 1.910 del Código Civil que, ofreciendo una clara muestra de la denominada «responsabilidad objetiva» o «por riesgo» responsabiliza al dueño u ocupante por cualquier título («cabeza de familia» le denomina) de una casa o vivienda de los daños causados «por las cosas que se arrojen

o cayeren de la misma», dentro de cuya expresión, al no tener la misma carácter de «numeros clausus» (Sentencias de esta Sala de 12-4-1984 [RJ 1.984, 1.958] y 20-4-1993 [RJ 1.993, 3.103], han de incluirse tanto las cosas sólidas, como los líquidos que, de una forma u otra, caigan de la expresada vivienda y causen daños a tercero en su persona o en sus cosas. Asimismo aparece plenamente probado en el proceso lo siguiente: 1.º Que el demandante don Joaquín F. R. tuvo que abonar por la reparación de los expresados daños la cantidad total de dos millones quinientas sesenta y dos mil doscientas cuarenta y dos (2.562.242) pesetas, según consta en las facturas aportadas, las cuales han sido adverbadas (en la prueba testifical practicada en el trámite de apelación) por los diversos industriales que realizaron los trabajos de reparación a que las mismas se refieren, todos los cuales manifiestan que los daños reparados habían sido producidos por la inundación de las aguas. No obstante ser el ya dicho importe de las facturas, el demandante solamente reclama indemnización por importe de de dos millones cuatrocientas sesenta y cinco mil diez (2.465.010) pesetas, por ser esa la cantidad en que inicialmente un perito tasó los daños, por lo que a esta última cantidad menor es a la que habrá de estarse, por ser la que reclama el demandante. 2.º Que el establecimiento del demandado hubo de permanecer cerrado al público por tiempo de un mes para poder llevar a efecto la reparación de los daños, durante cuyo período de tiempo el demandante dejó de obtener un beneficio líquido de trescientas sesenta y siete mil novecientas sesenta y siete (367.967) pesetas, según ha quedado acreditado en la prueba pericial practicada sobre dicho extremo. Por tanto, al aparecer probada en el proceso la cuantía de los perjuicios sufridos por el demandante (por daño emergente y lucro cesante), como consecuencia de los hechos aquí enjuiciados, por un importe total de dos millones ochocientas treinta y dos mil novecientas setenta y siete (2.832.967) pesetas, procede fijar en dicha cantidad la indemnización que el demandado debe satisfacer al demandante, sin que haya necesidad de relegar para ejecución de sentencia la cuantificación de dichos perjuicios, al aparecer los mismos plenamente acreditados en el proceso. No procede hacer declaración alguna respecto a los terceros (Comunidad de Propietarios del edificio número uno de la calle Hernani, de San Sebastián, y entidad aseguradora «Unión Iberoamericana, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros»), que, sin haber sido demandados por el actor, fueron llamados al proceso por la iniciativa del demandado único don Guillermo G. G., y ello sin perjuicio de las acciones que a éste puedan corresponderle contra los referidos terceros, que deberá ejercitar en el proceso correspondiente; no procede hacer expresa imposición de las costas de ninguna de las instancias, ni de las del presente recurso y sin que haya lugar a acordar la devolución del depósito, al no haber sido constituido el mismo, por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

### 3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA SUSCITADO

El Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia Provincial que había absuelto a los «demandados», incluyendo en este término no sólo al propietario del piso desde el que cayó el agua, es decir, al único demandado designado como tal en la demanda, sino también a la Comunidad de Propietarios y a la entidad aseguradora llamadas al proceso.

El tema nuclear del recurso de casación, —y lo que justifica este comentario—, se reconduce a determinar si fue o no correcta la inclusión en el fallo de dichos terceros intervinientes en el proceso. Para ello, es obligado establecer en qué calidad han entrado tales terceros en el pleito en que inicialmente no han sido demandados.

En el fundamento de Derecho 3.<sup>o</sup>, el TS en primer lugar, contraponen la intervención «voluntaria o adhesiva» a la «obligada o coactiva», identificando esta última con la «llamada en garantía» e incluyendo en la misma los supuestos recogidos en los arts. 1.084, 1.481, 1.553 y 1.830 del Código Civil. En segundo lugar, partiendo de que en el caso en cuestión, la notificación que se ha hecho a la Comunidad de Propietarios y a la Compañía de seguros, constituye una llamada en garantía, niega la aplicabilidad de ésta a los supuestos de culpa extracontractual («...recordando de nuevo, la inconcebible aplicabilidad de la llamada en garantía a los casos de responsabilidad por culpa extracontractual...»). Por ello, concluye que la sentencia que recaiga no puede pronunciarse, para absolverlos o condenarlos, sobre dichos terceros que no han sido demandados y que niegan su responsabilidad, con independencia de las acciones que puedan corresponder contra éstos al demandado.

En mi opinión, nada hay que objetar al contenido del fallo de la sentencia objeto de este comentario, en cuanto excluye del mismo a los dos intervinientes traídos al proceso. Sin embargo, algunos de los razonamientos que efectúa el Tribunal Supremo no resultan convincentes por las razones que enseguida expondré, advirtiendo desde ahora que ceñiré las reflexiones que siguen al tema de la llamada al proceso de la Compañía aseguradora. En efecto, es la intervención y actividad de dicha Compañía lo que realmente genera dudas a resolver, y sobre lo que versa el razonamiento del Tribunal Supremo, pues la llamada a la Comunidad de Propietarios fue, probablemente, superflua. Los datos de hecho recogidos en la motivación de la sentencia no permiten fijar si la tubería cuya rotura causó la inundación, era privativa del dueño de la vivienda, o era de la Comunidad. Pero parece más plausible lo primero, pues de lo contrario lo adecuado hubiese sido que el demandado se hubiese defendido alegando falta de legitimación pasiva, cosa que no hizo. Y por otro lado, si apareciese la Comunidad como responsable directa, por ser la propietaria de la tubería averiada, tampoco se comprendería la conducta del actor oponiéndose a la estimación del



recurso de reposición frente a la providencia del Juzgado denegando la llamada al proceso de la Comunidad, tal como se consigna en el FD 1.º.

## II. DISTINCIÓN ENTRE LA INTERVENCIÓN VOLUNTARIA Y PROVOCADA

Tradicionalmente se ha distinguido en la doctrina procesalista entre intervención voluntaria e intervención obligada o coactiva, según que la entrada del tercero en el proceso pendiente se produzca por su propia iniciativa, o bien a virtud de la llamada que le haga una de las partes en el mismo. En este segundo caso, se habla también, de «intervención provocada», lo que es más correcto puesto que en rigor, no existe obligación de intervenir.

Pero la clasificación de los distintos supuestos de intervención en estas dos categorías, es poco útil si se piensa que cada una de ellas engloba a su vez supuestos bien heterogéneos: Así, —al menos para un sector amplio de la doctrina (1)—, la intervención voluntaria puede ser (2) adhesiva —o adhesiva simple—, y litisconsorcial; y la intervención provocada incluye entre otros (3), la llamada en garantía —el supuesto paradigmático es el de la llamada del vendedor en caso de evicción—, la *laudatio* o *nominatio auctoris*, y la intervención de los coherederos no demandados. La llamada en garantía no se identifica, pues, con la intervención provocada, sino que la prestación de garantía por el vendedor es una de las finalidades que pueden perseguirse mediante la llamada o provocación a intervenir. En cada una de estas tres últimas figuras mencionadas, el plano procesal en que se coloca el interviniente, y las consecuencias derivadas de la omisión de la litisdenunciación o de la efectiva realización de ésta, son tan distintos (4), que difícilmente se justifica su estudio conjunto con el único denominador común de que la llamada se haga a instancia de una de las partes en el proceso.

---

(1) *Cfr.* DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal civil*, T. I, Madrid 1992, pp. 520 y ss., PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, Madrid 1985, pp. 397 y ss., RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil* T. I, Barcelona 1992, pp. 313 y ss.

(2) Dejando a un lado el supuesto de la intervención principal, de la que no existe regulación alguna en nuestro Derecho positivo.

(3) Un estudio amplio de estos supuestos puede verse en LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español*, Madrid 1990, pp. 170 y ss.

(4) Una análisis profundo de esta diversidad se contiene en SERRA DOMÍNGUEZ, *Intervención de terceros en el proceso*, en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona 1969, pp. 233 y ss.

Prescindiendo en este momento de las peculiaridades que presentan los supuestos indicados, conviene ahora llamar la atención sobre un dato: lo que legitima la entrada en el proceso y las posibilidades de actuar en el mismo, del tercero interviniente, no es otra cosa que el interés. Este interés consiste, para el interviniente litisconsorcial, en la cotitularidad de la relación jurídico material deducida en el proceso, por lo que la sentencia que en él recaiga, le afectará directamente (por ejemplo, la intervención del deudor solidario en el pleito seguido contra el codeudor). Para el interviniente adhesivo, el interés en evitar los perjuicios jurídicos que podrían derivar de los efectos reflejos o indirectos de la sentencia (por ejemplo, la intervención del acreedor en el pleito seguido contra su deudor, pues está claro el interés de aquél en que el patrimonio del deudor no disminuya). Partiendo de esta base, estimo que no hay por qué restringir la facultad de intervenir en el proceso al tercero que así lo solicite por su propia iniciativa, sino que también ha de admitírsele cuando la entrada del mismo sea pedida —provocada— por una de las partes del proceso, siempre que exista aquel interés (5). Quién tome la iniciativa a este respecto es algo que no afecta en nada a la legitimación del interviniente, y más teniendo en cuenta que si efectivamente interviene, de este modo pone de manifiesto su voluntad en este sentido (6). El supuesto especial de la llamada del vendedor al proceso de evicción, al que me referiré a continuación, ofrece la peculiaridad de que, precisamente porque la denuncia de la pendencia del proceso de evicción es necesaria para mantener el derecho de regreso, si no hay denuncia no hay interés, y por tanto, tampoco legitimación, para intervenir voluntariamente en el proceso de evicción (7).

### III. LA LLAMADA EN GARANTÍA Y LA INTERVENCIÓN ADHESIVA. SU DIFERENTE ALCANCE

Mediante la llamada en garantía, una parte (generalmente el demandado), provoca la intervención en el proceso de un tercero que debe

---

(5) LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ propone, de *lege ferenda*, una regulación general, en nuestro ordenamiento, de los distintos supuestos de intervención provocada, entre los que habría de incluirse el de los casos de mera acción de regreso fundados en una noción de garantía impropia, y en los que, de intervenir efectivamente el tercero, adquiriría la condición de interviniente adhesivo. (*La intervención de terceros... cit.*, p. 247).

(6) Precisamente por entender que la simple llamada del tercero al proceso, en nada altera el régimen jurídico de la intervención, sino que solamente constituye la base de ésta, SERRA DOMÍNGUEZ (*Intervención... cit.*, p. 213) la clasifica en principal, litisconsorcial, y adhesiva.

(7) SERRA DOMÍNGUEZ, *Intervención... cit.*, p. 295, y LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, *La intervención de terceros... cit.*, p. 205.

garantizar al llamante de los resultados del mismo (8).

Los preceptos contenidos en el art. 1.482 del Código Civil, en especial el de su párrafo 3.º, son elocuentes en lo referente a la posición que ha de ocupar el vendedor si viene al proceso (9). El plazo para que el comprador demandado conteste a la demanda, se suspende hasta tanto no expire el señalado al vendedor, de tal manera que no sólo la intervención de éste es autónoma, sino que es precisamente el comprador demandado el que va a quedar en un segundo plano. Se prevé pues, la llamada al proceso de quien, cabalmente ha de tener los medios para defenderse contra la demanda de evicción, y ha de dársele la posibilidad de utilizarlos ya que, de lo contrario, sería injusto hacerle sufrir las consecuencias de una sentencia condenatoria (10).

Como señala SERRA DOMINGUEZ (11), el objeto del emplazamiento que se hace al vendedor no es otro que poner en contraste las primitivas personas entre las que el proceso podía haberse desarrollado, pues la controversia propiamente dicha radica entre el demandante y el vendedor (12). Por eso, al venir al pleito, adquiere el carácter de codemandado junto con el comprador, como pone de relieve la sentencia que es objeto del presente comentario (13). Lo adecuado sería, sin embargo, que el vendedor asumiese la calidad de demandado con la correlativa extromisión del garantizado, aunque ello sea irrealizable en la práctica dada la ausencia absoluta de previsiones al respecto en nuestro derecho positivo (14).

El esquema que acabo de describir no coincide, ciertamente, con la esencia del fenómeno de la intervención adhesiva. En ésta, el tercero

(8) MONTERO AROCA. *La intervención adhesiva simple*, Barcelona 1972, p. 44.

(9) Si no lo hace, quedará afectado por la sentencia que se dicte, y no podrá alegar que es *res inter alios iudicata* cuando el garantizado se dirija contra él después de haber sido vencido en el proceso principal.

(10) Véase GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, (Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), Madrid 1991, T. XIX, p. 309.

(11) *Intervención... cit.*, pp. 280 y ss.

(12) Como declaró la STS de 14 de mayo de 1890 (colección de la RGLJ Tomo 67, n.º 156), «... personado en el pleito el vendedor a defender la cosa, sustituye la personalidad del comprador, quedando a su arbitrio desde este momento seguir o abandonar el litigio, según su conveniencia particular se lo aconseje...».

(13) El TS, en su sentencia de 12 de noviembre de 1970 (RA 5.104) de forma más explícita, declaró que, «...la doctrina de este Tribunal, viene afirmando con reiteración, que el vendedor citado de evicción que comparece en el pleito adquiere el carácter de codemandado, con los derechos y obligaciones inherentes a tal carácter, y le afectan las peticiones de la demanda como al eviccionario...».

(14) Modernamente han aparecido en leyes especiales, otros supuestos que reclaman una adaptación de la Ley procesal en este sentido. Así, el precepto del n.º 1.º letra b, del artículo 27 de la LGDCU, o el contenido en el art. 124.3 de la Ley de Patentes.

interviene con el fin de ayudar (15) a una de las partes a defenderse y vencer en el pleito, si bien con el fin de proteger su propio interés que, como he dicho antes, podría verse afectado por los efectos reflejos o indirectos de la sentencia.

A diferencia de lo que ocurre con el interviniente litisconsorcial, a quien alcanzan los efectos de cosa juzgada que la sentencia produce, en la intervención adhesiva la sentencia no produce en sus efectos obligatorios repercusión alguna respecto del interviniente (16). Tal sentencia condiciona un futuro pronunciamiento jurisdiccional sobre la relación del tercero, respecto del que el objeto del anterior será cuestión prejudicial.

#### IV. CARÁCTER DE LA INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD ASEGURADORA

Sentado lo anterior, resta ahora examinar el carácter con el que la Compañía aseguradora interviene en el proceso.

El TS afirma en la sentencia que me ocupa, que no cabe llamada en garantía en los casos de responsabilidad por culpa extracontractual. Lo que sucede en realidad es que la intervención del asegurador en tales casos no es asimilable a la del garante; no estamos ante un supuesto de llamada en garantía formal. Lo cierto es que de alguna forma, induce a confusión la expresión utilizada por el demandado en el caso en cuestión, al pedir que se notificase la existencia del proceso a la Compañía, y que se recoge en el Fundamento de Derecho 1.º, «...por si querían personarse en el mismo y asumir las responsabilidades reclamadas...». Pero ocurre, como digo, que la posición de la Compañía no es idéntica a la del vendedor en la evicción, pues, aunque pudiera en definitiva resultar obligada a indemnizar, por existir póliza en vigor que cubriese tal riesgo, dicha obligación en absoluto exime al asegurado de su responsabilidad directa frente al perjudicado, pues aquél es, en definitiva,

---

(15) Esta idea de «ayudar» es lo que debería en principio determinar los límites de las facultades procesales del interviniente adhesivo, que habrían de estar siempre subordinadas a las de la parte principal con la que coadyuva. Sin embargo, en ocasiones la jurisprudencia le ha concedido poderes que exceden de tales límites, a fin de evitar fraudes procesales, es decir, procesos simulados entre actor y demandado y en los que en realidad había ausencia de controversia. Advierte empero SERRA DOMÍNGUEZ (*Intervención... cit.*, p. 247), que la necesidad de desvirtuar la figura surgió precisamente porque en estos casos —siempre en materia de arrendamientos urbanos—, «los efectos de la sentencia que deberían ser simplemente reflejos, por obra y gracia de la jurisprudencia del TS, pasan a ser directos, ejecutándose respecto del subarrendatario una sentencia que en nada le afecta sin precepto alguno que lo justifique».

(16) SERRA DOMÍNGUEZ, *Intervención... cit.*, p. 215 y MONTERO AROCA, *La intervención... cit.*, p. 161.

el causante material del daño, o el cabeza de familia al que se refiere el art. 1910 del Código civil. Entiendo que la acción directa que el art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro reconoce al perjudicado contra el asegurador, no impide que, sin necesidad de acumular ambas acciones, pueda dirigirse contra quien, al amparo de lo dispuesto en el art. 1.902 del Código Civil, resulte obligado (17).

Por otra parte, en mi opinión, cuando la Compañía interviene en el proceso no lo hace tampoco como interviniente litisconsorcial, pues, si lo fuera, no sólo tendría que ser objeto del pronunciamiento de la sentencia, sino que éste tendría que ser igual que el que recayese sobre el otro litisconsorte, es decir, el inicialmente demandado, pues el régimen de esta intervención debe ser el propio del litisconsorcio necesario (18) y no es posible aplicar este planteamiento al supuesto comentado, pues, si bien es cierto que para poder declarar la responsabilidad de la Compañía aseguradora es preciso declarar en primer lugar la del causante material del daño, no lo es al contrario, es decir, la responsabilidad del asegurado no implica necesariamente que la aseguradora deba responder. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en que concurren todos los requisitos para la aplicación del art. 1.902 del Código civil (acción u omisión culposa, daño y relación de causalidad), que determinarían la obligación de indemnizar a cargo del asegurado, y, al propio tiempo el riesgo sea de los excluidos de la póliza, o el asegurado haya dejado de pagar la prima correspondiente a esa anualidad... Como expone SERRA DOMINGUEZ (19), el interviniente litisconsorcial recibe un perjuicio inmediato de la sentencia, precisamente porque es interesado directo en la relación jurídica debatida, mientras que el interviniente adhesivo lo recibirá o no según cuál sea la conducta de la persona favorecida por la sentencia, ya que ésta puede defenderse con éxito en un proceso ulterior.

Lo que está fuera de toda duda es el interés que concurre en el asegurador de intervenir en el proceso para poder realizar alegaciones. Más concretamente, su actividad procesal irá normalmente encaminada a defender la postura del asegurado, pues si éste resulta vencido —y si, efectivamente, el riesgo resulta cubierto por la póliza— el asegurador vendrá obligado a reembolsarle la suma satisfecha en concepto de indemnización.

---

(17) Incluso con relación a la llamada al asegurador prevista en el anterior Reglamento del Seguro obligatorio de accidentes, ámbito en el que el carácter de contrato se desdibuja para quedar en una obligación impuesta por la ley a toda persona que circule con vehículos de motor, la doctrina había entendido que la omisión de esa vocación al asegurador por parte del asegurado no le privaba de las acciones que estime tener contra el primero, al inspirarse tal llamada en razones de economía procesal. (Vid. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid 1989, p. 945).

(18) Puede verse al respecto MORÓN PALOMINO, *El proceso civil y la tutela de terceros*, Revista de Derecho Procesal 1965 III, p. 162. SERRA DOMINGUEZ, *Intervención... cit.*, p. 222; y MONTERO AROCA, *La intervención adhesiva... cit.*, p. 166.

(19) *Intervención... cit.*, p. 223.

Pero nada se opone a que la defensa del interviniente tenga un contenido propio, y así lo reconoció el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de octubre de 1961 (RA 3604) (20). Es lo que ha ocurrido en el caso resuelto por la sentencia objeto de este comentario, donde, habiendo el demandado reducido su defensa a la alegación de que a él no le correspondía responder de los daños reclamados, por existir la repetida póliza, la Compañía interviniente, lejos de colaborar con el demandado, se ha limitado a negarse, como se expresa en el Fundamento de Derecho 1.º, a «asumir responsabilidad alguna en el proceso en el que no había sido demandada, alegando que el expresado siniestro quedaba excluido de la póliza de seguro que tenía concertada con la Comunidad de Propietarios del edificio». Esta actitud de la Compañía aseguradora es fácilmente comprensible. Lo lógico, si existe póliza en vigor, es, como he dicho, que las alegaciones y la prueba del asegurador se encaminen a defender la postura del asegurado para conseguir su absolución, pues de esta forma, elude la posibilidad de que éste se dirija más tarde contra él. Y lo lógico es también, en tal caso, que el asegurador espontáneamente, solicite intervenir en el proceso (intervención voluntaria). Lo que ha sucedido en el caso que da pie a la sentencia que estoy comentando, es que la Compañía, a la vista de las alegaciones del demandado y entendiéndolo que el siniestro en cuestión no quedaba cubierto por la póliza, ha dirigido sus propias alegaciones exclusivamente a poner de relieve esta circunstancia.

## V. CONDICIÓN DE PARTE O NEGACIÓN DE DICHA CONDICIÓN AL INTERVINIENTE ADHESIVO Y DIFERENCIA CON EL GARANTE

Frente a lo que sucede con el garante, cuya calidad de parte creo que hay que defender, como se deduce de lo antes expuesto, en mi opinión, y frente al criterio sostenido por autores como MONTERO AROCA (21) y MORON PALOMINO (22) el interviniente adhesivo

---

(20) STS de 17 de octubre de 1961: «...la doctrina de esta Sala tiene declarado que cuando los terceros no demandados tienen un interés legítimo en la cuestión litigiosa es admisible su intervención en el proceso (...) bien colaborando en la defensa del derecho ejercido o atacado, o utilizando por el principio de contradicción derechos opuestos, lo que implica que esta intervención pueda ser con contenido propio...»

(21) *La intervención adhesiva cit.*, p. 230: «Desde que el hasta entonces tercero se introduce en el proceso, desde que se coloca junto al demandante, ejercitando la misma pretensión ejercitada por éste, o junto al demandado, para resistir a la pretensión, el interviniente sólo puede tener una naturaleza jurídica: la de parte».

(22) *El proceso civil y la tutela... cit.*, p. 161: «La nueva ley procesal española debería (...) regular, e incluso definir expresamente al interviniente como verdadera parte. De esta suerte se ganará mucho en claridad y sobre todo se contará con un criterio básico en que apoyar el conjunto de poderes que al tercero resulta indispensable conferir, a fin de que su tutela sea efectiva y quede a salvo de las enojosas complicaciones que podría originar una reglamentación del interviniente en plano de simple asistencia...».

no es parte, sino que es un tercero a quien por ser interesado, se permite la entrada en el proceso. Pero no puede considerársele demandado, porque, de ser así, habría de ser incluido en la sentencia, para condenarle o absolverle, como hizo la Audiencia Provincial en el caso que estoy analizando, lo que con razón es tachado de incorrecto por el TS. En efecto, si la sentencia contuviese pronunciamiento relativo a aquél, podría dar lugar a indefensión del actor, quien no se ha dirigido contra la Compañía aseguradora ni ha realizado alegaciones en tal sentido, por lo que quedaría así eludido el principio de contradicción.

Por estas razones entiendo que es acertado el criterio que, siguiendo una línea jurisprudencial anterior, sienta el TS en su sentencia de 25 de junio de 1990 (RA 4892) al declarar que, el Notario adherido como coadyuvante, por ello mismo, no es parte en el proceso, y, «...al no responder, pues, su personación en los autos como auténtica parte demandada, para lo que, es claro, se precisaba que fuera expresamente llamado en la acción entablada con tal cualidad trabándose así una suerte de litisconsorcio pasivo voluntario, que no necesario al margen de la eventualidad posterior...» (23).

Por otra parte, no hay por qué entender que, en el caso que me ocupa —ni, en general, en los de intervención adhesiva—, que la pretensión del actor se ha dirigido también contra el interviniente (24). No es descabellado pensar que, si el actor no demandó a la Aseguradora, quizá fuera porque tenía razones para pensar que el riesgo no quedaba cubierto por la póliza, evitándo así tener que pechar con el pago de las costas causadas por aquella, si resultaba absuelta.

Y, si la actividad procesal del actor no determinó la calidad de demandada de la Compañía de seguros, tampoco la del demandado, quien se limitó a pedir que se comunicase a aquélla la existencia del proceso por si quería personarse en el mismo y asumir las responsabilidades reclamadas o hacer las alegaciones que tuviera por conveniente. Dicha llamada tuvo únicamente la virtualidad de darle ocasión de intervenir, pero no se pidió su condena. Para hacerlo, el demandado hubiera debido a su vez (probablemente, el no hacerlo se debió no a un mal asesoramiento jurídico, sino a falta de razón), interponer una demanda contra ella y pedir la acumulación de ambos procesos. En otro caso, la sentencia que condenase o absolviese a la Compañía sería in-

(23) En el caso resuelto por esta sentencia, se había pedido la nulidad de un testamento abierto, y el Notario autorizante compareció posteriormente como coadyuvante de los demandados en el período probatorio.

(24) Así lo afirma, sin embargo, MONTERO AROCA, en *La intervención adhesiva...cit.*, p. 258: «Si el interviniente se coloca en la posición de actor, no lo hace ejercitando una pretensión autónoma, sino que, aparte de solicitar se le considere parte interviniente, dirigirá al órgano jurisdiccional la misma pretensión ya ejercitada por el demandante, no pudiendo realizar una acumulación objetiva. Si se coloca en la posición de demandado, la pretensión del actor se entenderá dirigida también frente a él, pudiendo formular la correspondiente resistencia».

congruente, pues la correlación que debe guardar el pronunciamiento jurisdiccional con las pretensiones deducidas en el proceso, ha de existir no sólo con respecto del objeto de éste, sino también respecto de las partes: la sentencia ha de extender, pero también limitar, sus pronunciamientos a éstas.

Concluyendo: La Compañía aseguradora tiene interés en intervenir en el proceso, y en la misma medida hay que reconocerle legitimación para hacerlo. Pero no entra en el proceso como garante, sino como interviniente adhesivo. La calidad con la que actúa deriva de la clase de interés, y ésta, de la posición que ocupe con respecto a la relación jurídico material debatida en el proceso, siendo, por tanto, irrelevante, que la entrada en el mismo tenga lugar de forma espontánea o bien a virtud de litisdenunciación.

Consiguientemente, no son exactas las afirmaciones que realiza el Tribunal Supremo al declarar que la «llamada en garantía» no puede aplicarse a los supuestos de responsabilidad por culpa extracontractual, y que la Compañía ha sido anómalamente introducida en el proceso. Esta no es, pues, la razón, de que la sentencia no deba pronunciarse (para absolverla o condenarla) sobre la Compañía traída al proceso: no debe hacerlo porque ha intervenido como coadyuvante, y éste no es parte.





Alcance y significación de la insolvencia como base  
del presupuesto objetivo de la declaración de quiebra  
(Comentario a las STS de 9 de enero de 1984 y  
13 de octubre de 1989)

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN  
Departamento de Derecho Privado  
Universidad de Cantabria

*ST del T.S. de 9 de enero de 1984:*

**HECHOS:**

Con fecha de 20 de junio de 1979, es declarada en quiebra voluntaria doña Georgina C. C.

La Entidad «I.N.P.» interpone recurso de reposición que es resuelto favorablemente, dejándose sin efectos el Auto de quiebra y sin hacerse expresa condena en costas.

Dona Georgina C. C., que actúa por sí y como representante legal de sus hijos menores y herencia vacante de su esposo Juan G. C., interpone recurso de apelación ante la Audiencia.

El 22 de julio de 1980, la Audiencia dicta sentencia desestimando el recurso, sin hacer especial imposición de las costas causadas en la alzada.

Doña Georgina recurre en casación ante el Tribunal Supremo.

El T.S. desestima el recurso y condena en costas a la parte recurrente.

**CONSIDERANDOS:**

PRIMERO: Que la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Albacete de 22 de julio de 1980, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de la misma Capital, que acogiendo la oposición formulada por un acreedor, dejó sin efecto el auto de aquel Juzgado de 20 de junio de 1979, declaratorio de la quiebra voluntaria instada, en su día, por doña Georgina C. C., es impugnada en el recurso articulando, al efecto, cinco motivos de casación, al amparo todos del núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los que, por el orden de su formulación, se denuncia la aplicación indebida de los arts. 1.170 en relación con el 1.319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la del artículo 874 del Código de Comercio, respectivamente en el primero y segundo motivos, y violación por inaplicación de los arts. 876 de este mismo Código, 13 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 (N. Dicc. 28817) y doctrina legal que se cita y 871 y 889-2.º del propio Código de Comercio en los tres últimos, todos los cuales motivos se orientan a defender la tesis central, tenazmente afincada en el recurso, de que, como resume el Juzgado de Primera Instancia «la declaración de quiebra voluntaria constituye una situación jurídica inatacable que, procesalmente, deviene firme desde el momento de la notificación de la resolución en que se tiene por ejercitado el derecho del art. 875-1.º del Código de Comercio».

SEGUNDO: Que a partir de la situación de hecho declarada en la primera instancia, que hace suya la Sala de Apelación, de que el activo patrimonial cuya quiebra su titular instó «supera al pasivo en la suma de 24.105.126 ptas.», el acogimiento de la oposición a la declaración de quiebra es inevitable consecuencia de la naturaleza misma y fin de la quiebra que no es otro, como, con todo acierto, apunta la sentencia inicial, que el de sujetar la masa patrimonial de un comerciante, insuficiente para enfrentar todas las deudas que sobre ella pesan, a las responsabilidades económicas contraídas, mediante un proceso de ejecución general, de modo que si no existe la necesidad de repartir el total patrimonio del deudor, entre sus acreedores particulares de la manera justa que el procedimiento universal de quiebra garantiza, porque las reclamaciones individuales, a que, en principio, tienen derecho los acreedores, caben en el activo patrimonial del comerciante, por exceder del montante de ellas, no puede hablarse de situación de quiebra como contenido de una declaración que, si fue hecha en sentido positivo por darse, inicialmente, los condicionamientos externos -en esencia solicitud del legitimado al efecto y sobreseimiento por el comerciante en el pago de las obligaciones contraídas- que la hicieron posible, como acto de apertura del solicitado procedimiento universal, ello no obsta para que esté abierta la discutibilidad del acuerdo declaratorio judicialmente tomado, si no por la vía de los recursos, sí por el cauce de la oposición que, en la llamada quiebra voluntaria, indudablemente puede ser utilizado para impugnar la legalidad de aquella decisión

declaratoria o de los presupuestos que la permitieron, según establece, para el concurso el art. 1.170 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto de aplicación a la quiebra, en virtud de la remisión que hace el art. 1.319 de la misma Ley, ya que otra cosa supondría condenar a integrarse en un procedimiento de ejecución universal, vetándoles el singular del que venían asistidos, a los titulares de un interés legítimo apto para usar el que se les niega, sin haberles ofrecido, al menos, ocasión de acreditar, frente al comerciante que instó su propia declaración de quiebra, la inexistencia de los factores objetivos y subjetivos determinantes de aquella declaración.

TERCERO: Que lo precedentemente expuesto, hace decaer los motivos primero y segundo del recurso, toda vez que en cuanto a aquél, la supletoriedad ordenada por el art. 1.319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permite la invocación de lo establecido para el concurso por el art. 1.170 de la misma Ley en el caso de la quiebra sin el límite que, gramaticalmente, parece deducirse de la frase «orden de proceder en la quiebra» a que el texto del artículo reduce dicha supletoriedad, ya que esta precisión literal, notoriamente insuficiente, tiene, en realidad, mucho mayor alcance del que el recurrente, con manifiesta imprecisión, le atribuye, puesto que comprende toda la materia objeto del Título XIII del Libro II de la Ley Procesal Civil, rubricado bajo la misma expresión «Del orden de proceder en las quiebras», así como «lo que no esté previsto y ordenado en el Código de Comercio» sobre el particular, según el mismo artículo que autoriza la supletoriedad y, en cuanto al segundo motivo porque, como ya se ha razonado, el que, para la norma legal, merezca la consideración de quiebra la del comerciante que sobresee en el pago de sus obligaciones, no excluye que su declaración así fundada, que no es, sino como algún sector de la doctrina la ha calificado, su fisonomía externa puede ser contradicha en sus dimensiones subjetiva y objetiva por los legítimamente interesados en ello y dejada sin efecto por el órgano declarante cuando, como dice el art. 1.029 del Código de Comercio de 1829, se acredite la falsedad o insuficiencia legal de los hechos que se dieron por fundamento de ella y que se halla —el comerciante se entiende— al corriente en sus pagos.

CUARTO: Que igualmente decaen los motivos tercero y cuarto del recurso, en cuyo desarrollo se manejan hipótesis —así la de que el comerciante suspenso no haya presentado en plazo la proposición del convenio o se rechace el propuesto, en aquél tercer motivo y la de que los créditos de los acreedores concurrentes no alcancen la proporción que menciona el art. 13 de la Ley de Suspensión de Pagos, en el motivo cuarto— de las que, por por traslación de situaciones distintas a la contemplada en la sentencia recurrida, se pretende el ataque a ésta, lo cual si puede justificar un razonamiento de mera apoyatura, no permite la impugnación en casación de la sentencia de instancia, postulando su anulación, por no haber aplicado al caso que la misma enfrenta y resuelve, esto es, el de la improcedencia de la declaración de quiebra vo-

luntaria de un comerciante cuyo activo supera, notablemente al pasivo, los arts. 876 del Código de Comercio y 13 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 que están referidos, aquél a la declaración de quiebra a instancia de acreedores y, éste, a la suspensión del expediente de suspensión de pagos por falta de concurrencia a la Junta del montante de créditos legalmente exigido, lo que, por otra parte, no ha sido obstáculo para que los principios inspiradores de tales normas, en cuanto pueden conectarse con el caso en presencia, hayan sido objeto de ponderado razonamiento en los considerandos de la sentencia impugnada, cuya invulnerabilidad en este trámite, es, por idénticas razones a las expuestas, predicable también ante el 5.º y último motivo que objeta frente a la Sala de instancia la inaplicación de los arts. 871 y 889-2.º del Código de Comercio, relativos, aquél a la suspensión de pagos y éste a la declaración de culpabilidad en la quiebra que, al no ser del caso, hacen decaer el motivo en el que se argumentan.

QUINTO: Que cuanto hasta aquí se ha expuesto, comporta la desestimación del recurso interpuesto con los efectos, en cuanto a costas y pérdida del depósito, ordenados por el art. 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*ST del T.S. de 13 de octubre de 1989:*

## **HECHOS:**

El Juzgado de Instancia de Terrasa dicta auto de declaración de quiebra a instancia de «Mediterránea Textil S.A.» e «Inmobles i Mobles S.A.».

Don Emilio B. B., declarado en quiebra, interpone demanda incidental de oposición ante el Juzgado n.º 2 de Terrasa.

El Juzgado n.º 2 dicta sentencia desestimatoria de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

Don Emilio B. B. interpone recurso de apelación ante la Audiencia Territorial de Barcelona.

La Audiencia Territorial estima el recurso y revoca la sentencia dejando sin efectos la quiebra declarada.

«Mediterránea Textil S.A.» e «Inmobles i Mobles S.A.» interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo desestima el recurso y condena en costas a los recurrentes.

**CONSIDERANDOS:**

PRIMERO: No siendo aconsejable, dadas las vicisitudes procesales del presente incidente, plantear de oficio la cuestión de si es o no recurrible en casación la sentencia denegatoria del estado de quiebra en incidente contra la decisión que la acordó, se entra en el estado de los motivos aducidos por el recurrente, comenzando por el primero en el que se alega «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales».

El quebrantamiento lo concreta el recuso en el hecho de que los Tribunales de instancia hayan admitido y tenido en cuenta como pruebas, documentos presentados después de dictada la sentencia primera, cuando efectivamente había ya precluido el tiempo, pero no se puede ignorar que la naturaleza del proceso de quiebra y la declaración de tal estado, no ajenos al interés público por las graves consecuencias que acarrea, permiten mitigar los rigores de la preclusión en aras de una justicia objetiva, ni tampoco se puede desconocer que los acreedores, solicitantes de la quiebra, tuvieron oportunidad procesal de combatir en la segunda instancia el contenido de los documentos aportados a través de otras pruebas contrarias, de acuerdo con el artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A todo ello se ha de añadir que no se produjo indefensión, porque no queda indefenso un acreedor a quien se le deniega la solicitud de declaración de quiebra de un deudor al que no se le aprecia por el Tribunal cesación efectiva en el cumplimiento de sus obligaciones, pues tal negativa no cierra la posibilidad procesal de dirigir nuevas acciones encaminadas a la satisfacción de los créditos, ni, caso de no encontrar bienes con que hacerlos efectivos, instar de nuevo el estado de quiebra de su deudor.

SEGUNDO: Al amparo del n.º 4 del art. 1.692, se denuncia error en la apreciación de la prueba. Por este cauce, sostiene el recurso que la sentencia yerra cuando admite como hecho «que los débitos del deudor se están pagando y disminuyen por tanto los créditos», pero el recurrente no desvirtúa esta declaración fáctica con base en documento alguno obrante en autos y no contradicho por otras pruebas, como exige el art. 1.692 para que sea viable el motivo del número cuatro. La Sala de instancia apreciando, como se le compete, las pruebas practicadas, ha obtenido la convicción de que el deudor cuya quiebra se postula, no ha cesado de modo general en el pago corriente de sus obligaciones y tal hecho no se ha desvirtuado por el cauce del motivo antes analizado. Pero es que además, lo que el Tribunal de instancia ha de comprobar al momento de la declaración no es si el demandante deudor es solvente o insolvente, cuestión ésta que afecta a su ámbito interno, sino comprobar si el comerciante cuya quiebra se insta, paga o no paga sus deudas, esto es, analizar el aspecto externo. Si el deudor

logra por cualquier medio lícito ir abonando los créditos no debe imponerse la drástica ejecución general, y, al contrario, si no los atiende aun pudiendo, debe permitirse a los acreedores imponer la ejecución general. Por todo ello, amén de que la propia sentencia estima la suficiencia patrimonial del deudor, procede rechazar el motivo.

TERCERO: Consecuencia de todo lo anterior, es la desestimación del último motivo en el que, por el cauce del n.º 5 del art. 1.692, se denuncia la infracción por violación en su aspecto negativo de falta de aplicación del art. 1.029 del C. de Comercio de 1829. En este artículo se establece que para la reposición del auto de declaración de quiebra ha de probar el quebrado la falsedad o insuficiencia legal de los hechos que se dieron por fundamento de aquélla, pero como tales hechos los tiene la sentencia de instancia como no acreditados, no puede prosperar el motivo.

### COMENTARIO:

En la actualidad, el uso del vocablo «insolvencia» se ha intensificado de forma desmesurada. La situación de crisis económica que atrevamos ha motivado el que su uso social sea cada vez más frecuente. El término «insolvencia», como presupuesto de los procedimientos concursales, ha dejado de ser patrimonio exclusivo de los juristas y economistas. Las actuales circunstancias, en que el número de morosos y de créditos en dificultad se multiplica día a día, avocan necesariamente a una aparición reiterada de esta expresión.

Si bien la falta de precisión y de exactitud con que es empleada comúnmente, resulta fácilmente comprensible, es más sorprendente constatar cómo esa equivocidad también está latente en el mundo jurídico.

Ahora bien, basta con adentrarse, aun superficialmente, en el estudio de la insolvencia, para tener que reconocer que esa imprecisión se encuentra más que justificada si nos atenemos a la gran complejidad del tema.

Sin duda alguna, gran parte de esta complejidad procede de la ausencia de precepto alguno en nuestro Código Civil que nos proporcione una definición clara de la insolvencia, y, cuando tratamos de analizar la función que desempeña en los procedimientos concursales, a nadie puede reprochársele el desánimo ante tan gran dispersión normativa.

Todo ello conduce necesariamente a un mayor esfuerzo doctrinal y jurisprudencial, en la doble tarea de ofrecer una definición de su concepto y una explicación acerca de su significado y alcance en nuestro ordenamiento jurídico.

En dicha actividad científica resulta de capital interés tener presente, en todo momento, el modelo económico sobre el que se proyecta la codificación, las bases ideológicas que inspiran la normativa concursal, y cuestionarse, a la vista de ello, sobre su sentido y operatividad en las actuales circunstancias.

## DOCTRINA:

Tomando como punto de arranque de nuestro estudio el momento histórico de la Codificación, dos eran los planteamientos en torno a la significación de la insolvencia en el sistema jurídico.

Mientras la doctrina civilista mayoritaria defendía la independencia o autonomía de la insolvencia respecto de los procedimientos concursales, en el ámbito mercantil se identificaban las nociones de quiebra e insolvencia.

El posicionamiento civilista articulaba su argumentación en torno a dos afirmaciones:

— *La insolvencia no conduce necesariamente a una situación de quiebra o concurso.* En primer lugar, porque junto a un presupuesto objetivo los procedimientos concursales precisan de un presupuesto subjetivo, cual es el de una pluralidad de acreedores, circunstancia ésta que no tiene por qué darse en la insolvencia. Y en segundo lugar, porque si no fuera así resultaría difícilmente comprensible el art. 1.129 del Código Civil, que alude a la insolvencia como causa de vencimiento anticipado de las obligaciones a plazo, sin remitirse a la normativa concursal correspondiente: arts. 1.915 del Código Civil u 883 del Código de Comercio.

En el mismo sentido, la insolvencia como hecho objetivo, puede tener existencia al margen de la posible declaración judicial, a diferencia de la quiebra o concurso, en que la declaración judicial, auténtica resolución constitutiva, crea o constituye un estado jurídico diferenciado.

— Desde la perspectiva inversa, la doctrina civilista argumentaba que el concurso o quiebra no tenía por qué responder a un estado de insolvencia previo, ya que es suficiente para la apertura de un procedimiento concursal con que se de una cesación general de pagos por parte del deudor.

Todo ello le llevaba a mantener la sustantividad del concepto de insolvencia, su autonomía e independencia respecto de los procedimientos concursales.

La consagración de la cesación de pagos como presupuesto objetivo de la quiebra por parte del Código de Comercio francés de 1807 va a desencadenar una reacción doctrinal de carácter opuesto en el ámbito mercantil. Esta va a buscar en la noción de insolvencia un presupuesto objetivo único a la declaración de quiebra.

Llegados a este punto se impone necesariamente el citar a BONELLI y su «estado de insolvencia». Este, partiendo de la defensa de un carácter exclusivamente económico de la insolvencia, definía la misma como «aquél estado del patrimonio de una persona, por el que ésta se



revela impotente para hacer frente a las deudas que la gravan» (1). Con BONELLI, la insolvencia se convierte en presupuesto exclusivo y excluyente de la declaración de quiebra. Y «no sólo opera como presupuesto causal de dicho procedimiento, sino que además lo delimita y configura, dando lugar a la equiparación entre las nociones de insolvencia y quiebra» (2). La cesación de pagos, presupuesto objetivo de la quiebra en el Código Civil francés, quedaba así reducida a una manifestación exterior de la insolvencia del deudor.

Al amparo de esta tesis se lograba solucionar un importante problema: el de la quiebra de deudores solventes pero con problemas de liquidez, que no se veían así inexorablemente arrastrados a una situación tan traumática como era la quiebra.

Estos planteamientos de origen van a trascender en la doctrina posterior, pudiendo distinguirse en la actualidad hasta cuatro tesis distintas en torno al alcance de la insolvencia como base de los procedimientos concursales (3):

— Quienes sostienen (4) que el presupuesto objetivo de la quiebra radica en la cesación o sobreseimiento general en los pagos, tal y como lo estatuyen el art. 874 del Código de Comercio de 1885: «Se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones» y el art. 876 del mismo Código: «También procederá la declaración de quiebra a instancia de acreedores que justifiquen que el comerciante ha sobreseído de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones».

Hasta aquí esta tesis no puede resultar discutida por ningún sector doctrinal, si no fuera porque lleva la cesación de pagos hasta sus últimas consecuencias, entendiendo que este sobreseimiento no tiene por qué ligarse necesariamente a un estado de insolvencia, con una situación de desbalance o de déficit irremediable.

Así, la cesación de pagos actuaría como presunción «*iuris et de iure*», que no admitiría prueba en contrario, como elemento exclusivo y excluyente para considerar en estado de quiebra al deudor.

Esta corriente doctrinal encuentra en el art. 1.029 del Código de Comercio de 1829 (aún vigente en sus preceptos de carácter procesal), el pilar básico de su argumentación, pues éste dispone que para que recaiga la reposición del Auto de declaración de quiebra, ha de probar el

(1) BONELLI, A.: «*Del fallimento*», Tomo VIII del Comentario al Codice di Commercio, Milán, s.f., p. 4 y ss.

(2) ORDUÑA MORENO, J.: «*La insolvencia*», Valencia, 1994, p. 140 y ss.

(3) CHULIÀ, F. V.: «*Compendio crítico de Derecho mercantil*», Tomo II, 3.<sup>a</sup> edición, Barcelona, 1990, pp. 850-851.

(4) URÍA, POLO DÍEZ, GARCÍA VALDECASAS y LYON-CAEN y RENAULT entre la doctrina extranjera.

quebrado la falsedad o insuficiencia legal de los hechos que se dieron por fundamento de aquélla, y que se halla al corriente en sus pagos.

— Para un segundo sector doctrinal (5), el presupuesto objetivo es la insolvencia o desbalance con un pasivo superior al activo, de la cual hay diversos modos de manifestarse, que pueden ser desvirtuados con la prueba en contrario de que no existe insolvencia.

Manifestaciones de esta insolvencia serían:

El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones.

La ejecución del patrimonio del deudor, y que del embargo no resulten bienes suficientes para el pago (art. 876.1).

Falta de proposición de convenio en el caso de suspensión de pagos (art. 876.2.<sup>o</sup>), en el caso de insolvencia definitiva del suspenso (art. 10-1 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922), o por incumplimiento del empresario del convenio obtenido por medio de este procedimiento (art. 17 de la Ley de Suspensión de Pagos).

El dato de la cesación de pagos es, para estos autores, el dato decisivo para declarar la quiebra, pero no puede llegar a confundirse o identificarse con la misma. «Si la insolvencia del deudor suele manifestarse a través de su cesación de pagos, ni es ésta la única forma de exteriorizarse la insolvencia (porque existen otras), ni toda cesación de pagos procede inexorablemente de una situación de insolvencia. Puede cesarse en los pagos porque se estime que no debe pagarse, por negligencia del deudor, por hechos imprevistos...» (6)

El juez podrá, a instancia de los acreedores o del deudor, declarar la quiebra sobre la base de una cesación de pagos, pero no podrá continuar el procedimiento una vez le haya sido suficientemente demostrado que esa cesación general en el pago de las obligaciones no se corresponde con una situación de insolvencia definitiva.

Estos autores invocan en su favor el art. 1.026 del Código de Comercio de 1829, que estatuye que no será suficiente para declarar en quiebra a un comerciante, a instancia de sus acreedores, que haya ejecuciones pendientes contra sus bienes, mientras él manifieste o se hallen bienes libres sobre que trabarlos, y el art. 170 de la Ley de Sociedades Anónimas, que identifica quiebra e insolvencia definitiva.

Por lo que respecta al art. 874 del Código de Comercio, utilizado por los partidarios de la primera tesis para defender la cesación de pagos como presupuesto objetivo de la quiebra, se propone otra interpretación basada en un distinto significado del término «considerar». Lejos de ver en la cesación de pagos una presunción «*iuris et de iure*»

---

(5) GARRIGUES, RAMÍREZ, VICENTE GELLA, BROSETA, SÁNCHEZ CALERO, RIPERT, ROBLLOT...

(6) BROSETA PONT, M.: «Manual de Derecho mercantil», 8.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1971, p. 656.

de la situación de insolvencia, se entiende que el vocablo «considerar» introduce una presunción «*iuris tantum*» de que la cesación de pagos responde a una situación de insolvencia definitiva, presunción que podrá ser desvirtuada por los acreedores o el deudor probando la existencia de un activo superior al pasivo.

— Una tercera posición, es la de aquéllos que ven en la insolvencia el presupuesto objetivo de la quiebra, pero discrepan de los anteriores en la definición que ofrecen del concepto.

Así, la insolvencia pierde su carácter exclusivamente contable de pasivo superior a activo, para pasar a entenderse como imposibilidad definitiva o irremediable de pagar por insuficiencia de bienes o de liquidez, sin crédito para remontar la situación.

Esta tesis, defendida, entre otros, por SUAREZ-LLANOS, desemboca en los postulados de BONELLI, en una definición de la insolvencia como «estado de impotencia patrimonial», pero ahora bien, en la determinación de ese estado de insolvencia, ya no tiene cabida la valoración de la situación económica del deudor, sino que se realiza de un modo objetivo, ateniéndose exclusivamente a los hechos a través de los cuales se manifiesta, uno de los cuales es la cesación de pagos.

El órgano judicial podrá, a instancia de parte, declarar la quiebra sobre la base de una cesación de pagos, pero únicamente podrá seguir adelante el procedimiento si ese sobreseimiento en los pagos se corresponde con una situación de impotencia patrimonial para satisfacer regularmente las obligaciones.

— Finalmente, cerramos este elenco de posturas doctrinales con aquélla que resulta la más conforme, a nuestro entender, con el sistema jurídico español. Esto es, la que sostiene «la existencia de varios presupuestos objetivos que por sí mismos justifican la constitución de la relación procesal de quiebra, sin que sea posible desvirtuarlos alegando que el deudor es solvente, sino sólo demostrando su “falsedad o insuficiencia legal” y “estar al corriente en el pago de las obligaciones” (art. 1.029 del Código de Comercio de 1829) en el procedimiento de revocación del Auto de declaración de quiebra, dentro de los ocho días de declarada ésta. Sin que pueda volverse sobre ellos una vez constituida definitivamente la situación concursal, pues ningún precepto legal faculta al juez para ello» (7).

---

(7) VICENT CHULIÀ, F.: «*Compendio crítico de Derecho mercantil*», Tomo II, 3.<sup>a</sup> edición, Barcelona, 1990, pp. 850-851.

En el mismo sentido, ORDUÑA MORENO, J.: «*La insolvencia*», Valencia, 1994, p. 158: «... el contexto positivo en este campo, entre otros, los arts. 874, 886 y 887 del Código de Comercio, y el art. 8, párrafo 6, de la Ley de Suspensión de Pagos, es ilustrativo de que el ámbito de aplicación del procedimiento de quiebra no puede reducirse a un único presupuesto, sino que viene delimitado en atención a una pluralidad de presupuestos objetivos de quiebra que, de modo alternativo, pueden dar lugar a dicho resultado concursal».

El art. 874 del viejo Código alude al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones.

Los arts. 876.1 y 886 y ss. del Código de Comercio vigente, identifican quiebra e insolvencia.

El art. 887 del Código de Comercio de 1829 se refiere al comerciante que ve reducido su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas.

Y, por lo que respecta al art. 8 párrafo 6 de la Ley de Suspensión de Pagos, se menciona de nuevo la insolvencia, provisional o definitiva.

Como puede apreciarse, carecemos de una base normativa que nos permita decantarnos por la insolvencia o la cesación de pagos como presupuesto determinante de la declaración de quiebra.

Junto a la insolvencia (8) y el sobreseimiento general, supuestos típicos, el ordenamiento jurídico preve otros hechos como posibles desencadenantes de una quiebra, a saber:

— el embargo infructuoso de bienes en ejecuciones singulares (art. 876-1.º del Código de Comercio)

— la fuga del comerciante sin dejar ninguna persona al frente del negocio (art. 877 del Código de Comercio)

— los distintos supuestos en que resulta imposible solucionar la situación de suspensión de pagos:

a) no presentación del convenio en el plazo de diez días (art. 872-2.º del Código de Comercio).

b) no solicitud de suspensión de pagos dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la cesación de pagos (art. 871 del Código de Comercio)

c) los diversos supuestos de sobreseimiento del expediente de suspensión de pagos una vez iniciado: no ratificación por la Junta General de la sociedad anónima de la solicitud presentada por su órgano de administración; no comparecencia del suspenso a la Junta de acreedores; solicitud de los 2/5 del pasivo tras la calificación de la insolvencia como definitiva; no constitución de la junta general de acreedores por falta de *quorum*; no aprobación del convenio; o incumplimiento del convenio por el suspenso.

Ahora bien, la letra de la ley es clara y terminante, las posibles causas de impugnación del Auto de declaración de quiebra quedan taxativamente establecidas: «falsedad e insuficiencia legal de los hechos y estar al corriente en los pagos» (art. 1.029 del Código de Comercio de 1829), sin que puedan ser aceptadas pruebas que no versen sobre estos únicos extremos.

---

(8) DíEZ-PICAZO, L.: «El pago anticipado», Revista de Derecho mercantil, 1959, p. 37.

El juez deberá atenerse a estos dos motivos de carácter objetivo, sin entrar a valorar si se corresponden o no con una situación de desbalance o de impotencia patrimonial.

Además de contar con tan importante fundamentación positiva, esta postura doctrinal se encuentra respaldada por la finalidad y función atribuidas a los procedimientos concursales, en un marco de economía liberal como es el que inspira el movimiento codificador.

En la era del liberalismo económico, en que la única meta es la búsqueda del propio beneficio, la satisfacción de los acreedores aparece, no ya como primordial, sino como único bien jurídico digno de tutela. El empresario insolvente perjudica a la sociedad, a la colectividad, y se impone su eliminación.

El valor dominante es el crédito, y de ahí que la normativa concursal vigente esté orientada hacia la tutela absoluta del derecho de crédito, traducida en la satisfacción patrimonial de los acreedores.

La existencia de varios hechos alternativos de quiebra y su determinación objetiva, al margen de las posibles causas o motivos, responden a esa misma finalidad de defensa a ultranza de la efectividad del derecho de crédito. Indudablemente, el ámbito de la quiebra, y por ende la efectividad del derecho de crédito, será mayor que si se reduce su presupuesto objetivo a un hecho único, ya sea éste el del sobreseimiento, desbalance o impotencia patrimonial del deudor.

Posiblemente, y a pesar de los esfuerzos realizados en este sentido, las posturas doctrinales sobre el tema sean más numerosas y divergentes de lo que sería de desear. Ello, no obstante, no puede sorprendernos -sin que ello signifique tampoco tranquilizarnos- a la vista de la abundante normativa sobre la materia, que no sólo plantea problemas de falta de coordinación, sino incluso de vigencia y aplicabilidad, como es el caso del Código de Comercio de 1829.

## **JURISPRUDENCIA:**

Por si lo dicho hasta el momento no fuese suficiente fuente de problemas, la dificultad de la materia se acrecienta aún más ante la falta de una línea jurisprudencial definida. La jurisprudencia, tanto de los Juzgados y Audiencias, como del Tribunal Supremo, ha resultado contradictoria.

En las primeras resoluciones pronunciadas, el Tribunal Supremo admite que la oposición del comerciante sólo puede prosperar si se demuestra que no se ha producido su sobreseimiento, llegando incluso a rechazar la necesidad de que esa cesación de pagos haya de corresponderse con una situación de insolvencia, ya se entienda ésta como desbalance o como impotencia patrimonial.

En este sentido, resulta sumamente ilustrativa la STS de 4 de junio de 1929 declarando no haber lugar al recurso interpuesto por el Banco

Asturiano de Industria y Comercio contra la pronunciada por la Audiencia de Barcelona, Sala Primera, en autos sobre oposición a la declaración de quiebra de la Compañía Nacional de Industrias Reunidas, S.A. «...Ante la terminante declaración de la Sala sentenciadora de que la Compañía nacional de Industrias Reunidas había sobreesido de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones, ..., no puede prevalecer legalmente el criterio del recurrente ni aun el del Tribunal de casación si coincidiese con él, salvo si se invocase en el recurso un acto o documento auténtico demostrativo de la evidente equivocación del juzgador, ..., y como esos elementos no se han alegado en el segundo motivo del presente recurso, y lo aducido más bien se encamina a demostrar que el activo de la Sociedad mencionada era superior al pasivo y que en el momento de instarse la declaración de quiebra tenía la Compañía quebrada bienes libres suficientes para satisfacer el crédito que originó tal declaración, es visto lo improcedente del motivo segundo y la necesidad de desestimarlo.

*Considerando que en el apartado segundo del art. 876 del Código de Comercio se consignan concretamente los dos únicos requisitos indispensables para la procedencia de la declaración de quiebra, consistentes en la justificación de los títulos de crédito del acreedor que la inste y el sobreesimiento del comerciante de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones...*

Considerando que además de cuanto antecede de lo preceptuado en el art. 871 y último párrafo del 876 del citado Código de Comercio, se desprende la posibilidad de que un comerciante declarado en estado de suspensión de pagos, aun poseyendo bienes suficientes para cubrir todo su pasivo, incurra más tarde en estado de quiebra a instancia de un acreedor por no haber presentado su proposición de convenio dentro del plazo señalado en el art. 872 del mismo cuerpo legal, y en consecuencia que la declaración de quiebra puede darse no obstante que el activo sea superior al pasivo».

Otras muchas sentencias del Tribunal Supremo, anteriores y posteriores a esta fecha, han venido refiriéndose al sobreesimiento general en el pago corriente de las obligaciones como causa determinante de la apertura de la quiebra y requisito imprescindible para la revocación del Auto de declaración de quiebra, permitiendo rechazar implícitamente la tesis de que el deudor ha de carecer de bienes disponibles o tener un pasivo superior al activo: STS de 24 de marzo de 1886, 21 de diciembre de 1892, 28 de octubre de 1896, 9 de junio de 1897, 28 de febrero de 1901, 4 de octubre de 1905, 26 de octubre de 1907, 8 de mayo de 1913, 4 de marzo de 1929, 3 de julio de 1933, 1 de junio de 1936, 23 de junio de 1961, 28 de febrero de 1970.

Precisamente, uno de los casos más recientes lo tenemos en una de las sentencias que han motivado este artículo, esto es, la de 13 de octubre de 1989: «...lo que el Tribunal de Instancia ha de comprobar al momento de la declaración no es si el demandado deudor es solvente

*o insolvente, cuestión ésta que afecta a su ámbito interno, sino comprobar si el comerciante cuya quiebra se insta, paga o no paga sus deudas, esto es, analizar el aspecto externo. Si el deudor logra por cualquier medio lícito ir abonando los créditos no debe imponérsele la drástica ejecución, y, al contrario, si no los atiende, aún pudiendo, debe permitirse a los acreedores imponer la ejecución general».*

Los términos de la sentencia son claros e inequívocos: el sobreseimiento, no sólo habilita al juzgador para declarar el estado de quiebra, sino que será el único hecho a que deberá atenderse, independientemente de la situación contable del deudor, y ello tanto en el momento de declarar la quiebra como en el momento de decidir acerca de su posible revocación.

Otro de los extremos que pone de manifiesto esta sentencia, es el de los requisitos que ha de reunir el sobreseimiento o cesación en el pago de las obligaciones. La doctrina jurisprudencial ha venido exigiendo que éste sea *general y actual, no siendo además suficiente con un ligero retraso*.

La sentencia de 13 de octubre de 1989 alude, en su considerando 1.º, a «un deudor al que no se le aprecia por el Tribunal cesación efectiva en el cumplimiento de sus obligaciones», y menciona que «la Sala de Instancia ha obtenido la convicción de que el deudor cuya quiebra se postula, no ha cesado de modo general en el pago de sus obligaciones».

Son otras muchas las sentencias que emplean el calificativo de «general» (STS de 12 de marzo de 1910, 8 de mayo de 1913, 29 de diciembre de 1927, 4 de junio de 1929, 26 de enero de 1933, 11 de mayo de 1985), tal y como lo exige el art. 876-2.º del Código de Comercio vigente. La sentencia de 7 de octubre de 1989 indica que «no puede calificarse se sobreseimiento un impago esporádico y eventual no impeditivo de llegar normalmente a atenderlo».

Pero sin embargo, ninguna de ellas señala con exactitud el número de impagos necesarios para que se de esa generalidad y poder así apreciar la cesación de pagos (9). Parece que esta cuestión debe quedar sometida a la apreciación del Tribunal, tal y como señalan las sentencias de 8 de mayo de 1913 «...que es de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, como tiene declarado el Tribunal Supremo, la cuestión de si el quebrado, sobreseyó de una manera general en el pago de sus obligaciones, ya que el párrafo 2 del art. 876 del Código de Comercio

---

(9) PROVINCIAL: «Lo Stato d'Insolvenza», «Studi in onere di Antonio Cicu», 1959, p. 128: «Es irrelevante que los pagos sean muchos o uno, pues uno sólo puede bastar para demostrar la insolvenza, mientras que una pluralidad puede ser sin importancia si resultan los medios y crédito para pagarlos. Sin duda por una sola deuda no hay insolvenza, pero un solo pago puede bastar para estimar que la hay, teniendo en cuenta las circunstancias, según la soberana apreciación del juez».

no fija la extensión que tiene el concepto, “manera general de sobreseer en el pago”, y donde la ley no distingue, no es lícito distinguir», y la sentencia de 12 de marzo de 1910 «que es de fuerza convenir con la jurisprudencia establecida, que el sobreseimiento general de las obligaciones del deudor lo mismo que el abandono de su domicilio comercial sin dejar en él persona alguna que lo represente, *constituyen, sin duda alguna, cuestiones de mero hecho, que sólo al Tribunal Sentenciador incumbe apreciarlas por el resultado de las pruebas suministradas...*».

En todo caso, esa «generalidad» no debe entenderse como sinónimo de «totalidad», «...el hecho de haber realizado el deudor después de la Suspensión algunos pagos al contado con fondos diferentes y a acreedores distintos de los que figuran en su balance mercantil, no contradice ni desvirtúa la afirmación de haber aquél sobreseído generalmente en el pago corriente de sus obligaciones» (ST de 9 de junio de 1897), «así como no dejaría de ser quiebra el que un comerciante insolvente sin crédito alguno burlara a sus acreedores con sólo hacer pagos de escasa importancia» (ST de 29 de diciembre de 1927).

Una vez más, la sentencia de 27 de febrero de 1965, define el sobreseimiento como «aquél estado en que se encuentra comprendido el que sobresee en el pago de sus obligaciones, que *no habrá de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo*».

La segunda nota mencionada anteriormente era la de la «actualidad» de la cesación de pagos. «Que aunque el estado de suspensión de pagos signifique el sobreseimiento del comerciante en el cumplimiento corriente de sus obligaciones, es claro que cuando ha desistido de él, para continuar posteriormente satisfaciendo aquéllas, *no puede fundarse la declaración de quiebra en un supuesto sobreseimiento pasado si al pretender la declaración resulta, por el contrario, acreditado el estado de solvencia del comerciante*» (ST de 1 de abril de 1895).

Finalmente, deberá distinguirse el sobreseimiento de «*la incursión en mora, reveladora de simples dificultades de momento*» (ST de 27 de febrero de 1965) o, como dice la sentencia de 12 de julio de 1940 de «*una cesación circunstancial*» en los pagos.

Como es de esperar, el sobreseimiento, como hecho desencadenante del procedimiento de quiebra, tendrá distinto alcance para aquellas posturas doctrinales que ven en el mismo una manifestación exterior de la quiebra, una presunción «*iuris tantum*», que podrá desvirtuarse siempre que se demuestre que no hay una auténtica situación de insolvencia (10).

---

(10) GARRIGUES, J.: «*Curso de Derecho mercantil*», Tomo II, 8.ª edición, Madrid, 1983, p. 430: «El sobreseimiento ha de ser tan amplio y tan definitivo que deje transparentar un estado de insolvencia patrimonial, es decir, una falta irremediable de medios de pago de las obligaciones a la sazón vencidas».



La primera sentencia del Tribunal Supremo en exigir explícitamente la existencia de insolvencia es la de 9 de enero de 1984. En esta ocasión el Tribunal Supremo se pronunció como sigue: «...*si no existe la necesidad de repartir el total patrimonio del deudor, entre sus acreedores particulares de la manera justa que el procedimiento universal de quiebra garantiza, porque las reclamaciones individuales, a que, en principio, tienen derecho los acreedores, caben en el activo patrimonial del comerciante, por exceder del montante de ellas, no puede hablarse de situación de quiebra como contenido de una declaración que, si fue hecha en sentido positivo por darse, inicialmente, los condicionamientos externos -en esencia solicitud del legitimado al efecto y sobreseimiento por el comerciante en el pago corriente de las obligaciones contraídas- que la hicieron posible, como acto de apertura del solicitado procedimiento universal, ello no obsta para que esté abierta la discutibilidad del acuerdo declaratorio judicialmente tomado, si no por la vía de los recursos, sí por el cauce de la oposición que, en la llamada quiebra voluntaria, indudablemente puede ser utilizado para impugnar la legalidad de aquella decisión declaratoria o de los presupuestos que la permitieron,...*, ya que otra cosa supondría condenar a integrarse en un procedimiento de ejecución universal, vetándoles el singular del que venían asistidos, a los titulares de un interés legítimo apto para usar el que se les niega, sin haberles ofrecido, al menos, ocasión de acreditar, frente al comerciante que instó su propia declaración de quiebra, la inexistencia de los factores objetivos y subjetivos determinantes de aquella declaración».

No obstante, esta sentencia no es todo lo significativa que pudiera parecer a efectos de defender, con carácter general, la necesidad de demostrar la insolvencia del deudor como presupuesto objetivo de la quiebra, pues hay que tener presente un dato fundamental: nos hallamos ante un caso de quiebra voluntaria.

Históricamente, carecía de todo sentido el pedir la propia quiebra pudiendo pagar, teniendo en cuenta las graves consecuencias que la misma acarrea, no sólo sobre el patrimonio, sino también sobre la persona del deudor.

En la actualidad, y a pesar de haberse dulcificado en gran medida el trato al quebrado, tampoco resulta muy comprensible el que un deudor, con bienes libres suficientes, opte por solicitar la declaración de quiebra, si no es a fin de intentar dilatar el pago de obligaciones inmediatas.

También hay que tener en cuenta que con la actual regulación, la apertura de la quiebra no conduce inexorablemente a la liquidación, sino que cabe la posibilidad de que llegue a celebrarse otro convenio, en el mismo procedimiento de quiebra, quizás más favorable al deudor.

Posiblemente teniendo en mente estas circunstancias, o, ¿por qué no?, simplemente anticipándose a la premeditación y astucia de quien pudiese actuar impulsado por motivos indignos de protección jurídica,

el legislador prevé la posibilidad de que los acreedores se opongan al Auto de declaración de quiebra voluntaria.

Pues bien, en estos casos, y teniendo en cuenta lo fácil que puede haber resultado al deudor provocar injustificadamente la cesación de pagos, resulta razonable el exigir que el sobreseimiento aparezca respaldado por un estado de insolvencia, para poder mantener el Auto de quiebra. Es decir, que en caso de quiebra voluntaria, no parece procedente la aplicación del art. 1.029 del Código de Comercio, debiendo añadirse a las dos causas de impugnación por él mencionadas la de «ausencia de bienes libres suficientes con que hacer frente a las deudas vencidas».

En este sentido, pero también en este contexto, se pronuncia la *sentencia de 9 de enero de 1984* que, por ello, no puede considerarse ilustrativa a nuestro entender, de la necesidad de contar, siempre, con una situación de insolvencia como presupuesto objetivo único del procedimiento de quiebra.

Otras sentencias del Tribunal Supremo han venido exigiendo que el sobreseimiento tenga carácter definitivo y completo, es decir, que sólo es válida la quiebra cuando el deudor se halla en situación patrimonial de insolvencia definitiva. Este es el caso de la sentencia de 27 de febrero de 1965 o más recientemente de la sentencia de 11 de mayo de 1985: «...el art. 874 del Código de Comercio vigente exige, para reputar en estado legal de quiebra al comerciante, el sobreseimiento corriente de sus obligaciones, esto es, el presupuesto económico-jurídico que ha de ser tenido en cuenta por el juzgador para la declaración de quiebra que si nace con la declaración formal en tal sentido, encuentra su ineludible apoyatura en un *verdadero sobreseimiento general acusador del pretendido estado de insolvencia definitiva*».

Aun a riesgo de haber podido abusar de su paciencia, he creído necesario hacer referencia al mayor número de resoluciones posibles, a fin de destacar la ausencia de línea jurisprudencial definida en este tema.

Así, en ocasiones se exige para que la oposición del comerciante pueda prosperar, que no se haya producido el sobreseimiento, y en otras sentencias en cambio, se matiza, indicando que el sobreseimiento debe ser de carácter definitivo y completo, «acusador de una insolvencia definitiva».

Todo ello sólo permite concluir, en nuestra opinión, que nuestro derecho contempla no uno sino diversos presupuestos objetivos que, con carácter alternativo, dan lugar al procedimiento de quiebra.

La postura defendida, además de venir avalada por la función asignada a los procedimientos concursales en la era de la economía de mercado: la satisfacción de los acreedores legítimos en casos de crisis económica del deudor común, es decir, en última instancia, la tutela del derecho de crédito; coincide con las líneas directrices seguidas por los movimientos de reforma del Derecho Concursal.

Es bien sabido que los textos legales aplicables a la crisis económica del empresario están lejos de ofrecer soluciones ajustadas a las necesidades actuales.

Además de existir una gran dispersión normativa —nada menos que cinco textos legales generales: Código de Comercio de 1829, Código de Comercio de 1885, Código Civil de 1889, Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, Ley de Suspensión de Pagos de 1922, y numerosas leyes especiales—, que no genera sino confusión, el Derecho Concursal adolece de una acusada arcaicidad.

Pensados para dar respuesta a las necesidades de una economía liberal y teniendo en mente al viejo comerciante del siglo XIX, los actuales textos legales resultan harto insuficientes para hacer frente a la nueva realidad. La satisfacción patrimonial de los acreedores permanece, pero junto a la misma surgen nuevos bienes jurídicos dignos de tutela: el interés de los trabajadores, el interés público, que ya no se corresponde exclusivamente con la satisfacción de los acreedores sino también con la continuidad de la empresa.

La importancia de la continuidad de la empresa obedece a razones socio-económicas, como evitar la pérdida de puestos de trabajo o evitar los daños, que la cesación de la actividad de la empresa en crisis, puede producir en el mercado.

Junto al interés público convergen también intereses privados contrapuestos: el del deudor de tratar de continuar en su actividad y el de los acreedores que persiguen la satisfacción de sus créditos, pero tanto unos como otros coinciden a la hora de intentar eludir la quiebra. Los acreedores prefieren aceptar las propuestas del deudor mediante la celebración de convenios, pues la liquidación de la empresa no beneficia, en la mayoría de las ocasiones, sino a los acreedores con poder, a los acreedores privilegiados.

Retomando el hilo de nuestra argumentación, señalábamos cómo una pluralidad de presupuestos objetivos de quiebra responden mejor a esta acuciante necesidad de reforma del Derecho Concursal, y es que uno de los requisitos para posibilitar la conservación de la empresa, es adelantar la declaración judicial por la que se abre el procedimiento concursal. Procedimiento concursal que ya no debe entenderse como sinónimo de liquidación, sino de reorganización de la empresa.

En el mismo sentido y a la misma finalidad obedece la necesidad de contar con unos presupuestos objetivos, al margen de los motivos o circunstancias subjetivas del deudor. Como correctamente señala el Prof. ROJO FERNÁNDEZ RÍO, «Son las condiciones objetivas del conjunto empresarial, y no las condiciones subjetivas del titular, las que deben ser tenidas en cuenta para la apertura del procedimiento. La separación del hombre y la empresa es rasgo que inevitablemente se presenta en cualquier intento de reforma» (11).

---

(11) ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: «*Conferencia pronunciada en la Academia Mariense del Notariado el día 12 de junio de 1980*».

El tradicional concepto de insolvencia (pasivo exigible superior al activo realizable) no puede constituir el presupuesto objetivo único del procedimiento concursal. La necesidad de tutelar nuevos intereses, como el de continuidad de la empresa, exige recurrir a una noción más amplia, como puede ser la de «crisis económica», empleada por el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983.

Ahora bien, nociones tan amplias como la mencionada requieren a su vez un esfuerzo de precisión normativa, que evite el menoscabo de un principio tan esencial en nuestro ordenamiento cual es el de seguridad jurídica.



## Reserva lineal.

### Comentario a la S.T.S. de 23 de marzo de 1992

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ  
Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** I. Antecedentes de hecho. II. Fundamentos de Derecho. III. Comentario. 1. Exclusión de la reserva lineal por el ascendiente. 2. Interpretación del testamento. 3. Determinación de la condición de reservatarios: parientes que pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes.

#### I. ANTECEDENTES DE HECHO

Son los contenidos en el fundamento de derecho primero de la sentencia, que dice así:

«Ejercitada por los herederos expectantes, acción fundada en el art. 811 del Código Civil, para el reconocimiento de sus derechos, son antecedentes del caso los siguientes: 1) Don José P. S., catedrático y artista pintor, falleció el día 29-7-1987 bajo testamento otorgado el día 7-4-1983 por el que legaba el usufructo universal vitalicio de todos sus bienes, derechos y acciones a su esposa, aquí demandada, doña Segunda C. M., e instituíó heredero en nuda propiedad a su único hijo don Juan José P. C., añadiendo en la cláusula quinta de dicho instrumento que «para el supuesto de premoriencia de la esposa del testador y del hijo sin descendientes de éste y para el supuesto de conmoriencia del testador, su esposa e hijo», éste sin descendientes, instituye heredero universal de todos sus bienes, derechos y acciones al asilo de ancianos de la Villa de Llanes en la provincia ovetense; 2) Don Juan José P. C. falleció el 29-8-1988, en estado de soltero y sin descendencia, sucediéndole abintestato su madre, doña Segunda C. M.; 3) En la demanda se pretende, con fundamento en el art. 811 del Código Civil, que se declare que esta última está obligada a reservar la nuda propiedad de los bienes que heredó de su hijo y que éste, a su vez, había adquirido al suceder a su padre, en favor de los parientes que estén dentro del tercer

grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden, los que no serían otros que los demandantes don Manuel y doña María de los Dolores P. S., hermanos del citado pintor; 4) Consta acreditado en autos a través de la abundante testifical practicada, corroborada por la documental relativa a un juicio de faltas seguido contra don José P. y su esposa, que éste se hallaba enemistado con sus citados hermanos, con los que, desde hacía ya varios años, no mantenía relación alguna ni familiar ni de otra índole, llegando incluso a manifestar varios testigos que la cláusula testamentaria antes transcrita obedecía a su propósito de que en ningún caso pudieran heredarle los demandantes; y 5) Los bienes dejados por don José P. a su fallecimiento consistían básicamente en varios cuadros producto de su actividad como pintor y algunos inmuebles, todos ellos adquiridos constante matrimonio y de carácter ganancial».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Oviedo desestimó la demanda.

La Audiencia Provincial de Oviedo en sentencia de 16-12-1989 revocó la anterior resolución y, estimando parcialmente la demanda, declaró que la demandada venía obligada a reservar la nuda propiedad de los bienes adquiridos por herencia de su hijo en favor de los parientes que estuvieran dentro del tercer grado y pertencieran a la línea de procedencia de los bienes.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Son los siguientes:

SEGUNDO. Se funda el primer motivo casacional en la infracción del art. 658, en relación con los arts. 675 y 1.282 del Código Civil así como de la jurisprudencia aplicable, al amparo del núm. 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según la parte recurrente, los mandatos que contienen los citados arts. 658 y 675, son prioritarios sobre lo ordenado por el art. 811 y, al efecto, subraya la primacía del respeto a la voluntad del causante, y, por tanto, de la sucesión testamentaria, para resolver la cuestión planteada, lo que exige una interpretación literal, primero, y, contractual, después, si aparece que fue otra la voluntad del testador, en conexión, también, con lo que dispone el art. 1.282 acerca del juicio sobre la intención de los contratantes; en el caso —sostiene— las cláusulas del testamento del primer causante de la herencia, dejan a las claras su intención de impedir que los bienes llegaran a manos de sus hermanos al instituir, en los supuestos que prevenía, heredero universal de todos sus bienes, derechos y acciones al asilo de ancianos de la Villa de Llanes; a la hora, por ello, de colegir la voluntad testamentaria, debe procederse a integrar las lagunas, me-

diante el descubrimiento de la voluntad implícita del testador, que va más allá de los supuestos previstos, conforme a las prevenciones adoptadas para que no heredaran los demandantes. No obstante, el razonamiento de la recurrente enmascara un dato capital para el recto enfoque de la cuestión debatida; la adquisición de la nuda propiedad de los bienes se produjo por «*ministerio de la Ley*», esto es, a virtud de sucesión intestada del hijo, heredero por testamento de su padre, marido, también de la recurrente y demandada, sin que del testamento en cuestión, puedan extraerse otras consecuencias que las que resultan de los supuestos expresamente previstos que son los de premoriencia al causante de los futuros herederos o conmoriencia del causante y de los futuros herederos, ya que, si así no fuera habría que inventarse una especie de sustitución fideicomisaria que, desde luego, no puede presumirse, cuando lo cierto y verdadero es que la cadena sucesoria testamentaria se truncó con la muerte del hijo, concurriendo en la segunda sucesión, el presupuesto (sucesión intestada) que permite la reserva pendiente. Por tanto, el motivo peca.

TERCERO. Denuncia el segundo y último motivo de casación, constituido bajo el ordinal 5.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la interpretación y aplicación indebida del art. 811 del Código Civil, basándose, sustancialmente, en el carácter restrictivo con que debe interpretarse este precepto, según reiterada jurisprudencia sobre la procedencia de los bienes, y en la voluntad contraria del primer causante. Sabido es, por el contrario, conforme a jurisprudencia ya clásica (S. 12-12-1945 [RJ 1945, 1294], ratificada por S. 22-3-1986 [RJ 1986, 1475]), que el principio de troncalidad que inicialmente pudo haber servido de inspiración del art. 811 del Código Civil, viene sometido a la limitación que le impone la imposibilidad de pasar la reserva del tercer grado familiar, no siendo necesario buscar el origen, más o menos remoto, de los bienes, ni de la familia a la que pertenecieron de antiguo, ni del modo o forma por el que pudieron llegar al patrimonio de la persona que los transmitió al descendiente de cuya sucesión se trata, sino tan sólo en cuanto a su procedencia inmediata y al título de su adquisición, doctrina que impide hacer acepción entre bienes de procedencia ganancial o bienes de otra naturaleza, sea cual fuera su origen adquisitivo (negocio oneroso o gratuito). Asimismo, debe ponderarse, en relación con la voluntad testamentaria del causante origen de la reserva, que si el ascendiente dejó prevista la exclusión de la reserva lineal o no determinó el destino de los bienes por si ocurriera el supuesto del art. 811, como sucedió en el caso presente, mal se puede omitir o tergiversar el recto sentido de la norma, cuyos elementos de hecho, concurren plenamente en el mismo. Ni siquiera la apelación al sentido restrictivo, que la jurisprudencia confiere al entendimiento del art. 811, autoriza, sea cual fuere la opinión del intérprete ante la subsistencia de unas reglas cuya oportunidad actual resulta discutible, a desviar o desplazar su aplicación si ésta deviene clara y perfectamente encajable en los hechos constitutivos de la pretensión según consideró con acierto la sentencia recurrida. Por tanto, el motivo decae.



CUARTO. La desestimación de los motivos del recurso conduce a la declaración de no haber lugar al recurso, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente (art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). (sic).

### III. COMENTARIO

#### I. EXCLUSIÓN DE LA RESERVA LINEAL POR EL ASCENDIENTE

Una de las cuestiones de las que trata el Tribunal Supremo en la sentencia que nos ocupa es la exclusión de la obligación de reservar por el ascendiente de quien procedían los bienes, es decir, don José P. S. A juicio de la recurrente, del testamento de su difunto esposo se deduce la dispensa de dicha obligación, al instituir, en los supuestos que prevenía, heredero universal de todos sus bienes, derechos y acciones al asilo de ancianos de la Villa de Llanes. Este razonamiento es rechazado por el Tribunal Supremo, pues equivale, a su juicio, a inventar una sustitución fideicomisaria a favor del asilo, para lo cual no hay apoyo alguno en el testamento, así como tampoco para estimar que el testador excluyó la reserva lineal, consecuencia que no se deduce de los supuestos expresamente previstos en su disposición testamentaria.

Pues bien, la doctrina admite que el ascendiente origen de la reserva excluya la aplicación del art. 811 C.C. Ahora bien, a tal efecto exige, al igual que la jurisprudencia, una declaración de voluntad expresa del testador en tal sentido, manifestada en el testamento de acuerdo con las formalidades que la ley prescribe (1). De manera que si, previendo la situación contemplada en el art. 811 C.C., don José P. S. hubiera dispuesto de sus bienes de forma que se evitara el paso de los mismos a los parientes comprendidos en dicha norma, no habría lugar al litigio.

Esta fue, al parecer, la intención de don José P. S., quien, mediante la inclusión en su testamento de determinadas cláusulas, dispuso de sus bienes en favor de su hijo y su mujer y, para los supuestos de premo-riencia de éstos y conmorien-cia de los mismos y del propio causante, en favor de un asilo de ancianos, siempre que, además, el hijo muriese sin descendientes.

---

(1) VALLET DE GOYTISOLO, J.: «Comentarios al C.C. y Compilaciones forales», EDERSA, Madrid, 1982, T. II, pp. 61 y 62.

«Interpretación, localización sistemática e integración de la reserva del art. 811 del Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, 1959, p. 298.

«Panorama del Derecho de Sucesiones», ed. Civitas, 1982, T. I, pp. 886 y 887.

Ahora bien, como acertadamente se dice en la sentencia que comentamos, la previsión expresa de dichas hipótesis no supone exclusión de la obligación de reservar de doña Segunda C. M., esposa del testador, pues no se comprende en dichas cláusulas testamentarias la situación específica que prevé el art. 811 C.C. La voluntad del testador se manifiesta formalmente, cumpliendo las exigencias doctrinales y jurisprudenciales, en relación con unos supuestos, los de premoriencia y conmoriencia, en previsión de los cuales se establece una sustitución vulgar. Pero esa voluntad expresa, si bien impide la sucesión de los hermanos del causante como herederos abintestato, no es apta para excluirlos también de su condición de reservatarios, pues no se refiere en absoluto a la hipótesis en que, haciéndose efectivos los llamamientos a su esposa e hijo, y habiendo premuerto el hijo a la madre, ésta suceda en la herencia intestada de aquél. En definitiva, el tenor literal del testamento en cuestión no permite excluir el juego de dicho precepto.

Sentado lo anterior, resulta innecesario, y esto es lo criticable en el razonamiento del Tribunal Supremo, plantear la existencia de una sustitución fideicomisaria a favor del asilo de ancianos, pues la cuestión ya no es si el mismo tiene derecho a suceder en los bienes del testador, sino si el ascendiente está obligado o no a reservar los bienes heredados abintestato de su descendiente a favor de los hermanos de su cónyuge premuerto, por concurrir los requisitos exigidos en el art. 811 C.C. En efecto, no dándose los supuestos de conmoriencia y premoriencia previstos, y heredando, por tanto, su parte correspondiente tanto el hijo como la esposa, desaparece la expectativa sucesoria del asilo de ancianos, nombrado sustituto vulgar, y la sucesión de los bienes pasa a regirse por las normas generales, entre las que se encuentra el art. 811 C.C. Puesto que el llamamiento al asilo no se hace para que herede después de la esposa e hijo, sino para que lo haga en lugar de ellos en unos supuestos expresamente delimitados, al no acontecer éstos en la realidad, decaen sus derechos a suceder en los bienes del causante. Dicho más sencillamente: no dándose las hipótesis previstas para que opere la sustitución vulgar, la misma no puede tener lugar, el sustituto queda al margen de la sucesión y la única cuestión a resolver es si deben reservarse los bienes de cuya sucesión se trata.

El llamamiento al asilo de ancianos como heredero universal es traído a colación por la recurrente como prueba de la intención del testador de impedir que los bienes lleguen a manos de sus hermanos y, por tanto, como uno de los elementos a utilizar en la interpretación del testamento, con el fin de discernir la verdadera voluntad del causante, superando el tenor literal de la disposición testamentaria. Es, así, en sede de interpretación de las disposiciones *mortis causa* en la que debe ser estudiado este llamamiento y la posibilidad de que el mismo, unido a los resultados del conjunto de la labor interpretativa, conduzca a declarar la inexistencia de obligación de reservar. Lo que no parece correcto, por tanto, como ya hemos dicho anteriormente, es pensar, para excluir

la reserva lineal, en una sustitución fideicomisaria, que, lógicamente, como ya se dice en el considerando segundo de la sentencia, habría de ser inventada. Y no hay razón que induzca a inventar una sustitución fideicomisaria a favor de alguien que ha quedado al margen de la sucesión del causante origen de la reserva, precisamente por la supervivencia de su esposa e hijo.

Es, pues, como un elemento hermenéutico como es invocado por la recurrente el llamamiento al citado asilo y no como una cláusula testamentaria en la que se dispense de la reserva, al disponer el destino de los bienes de forma distinta a la ordenada por el art. 811 C.C. De manera que el resultado de la labor interpretativa sólo puede conducir a excluir la aplicación de la reserva lineal, única controversia en el presente litigio, al dar a conocer la verdadera voluntad del testador, al margen de toda otra consideración respecto al asilo de ancianos, cuya expectativa sucesoria decayó con anterioridad.

## 2. INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

Así delimitada, pues, la cuestión a resolver en el caso del pleito, vemos que contra la aplicación del art. 811 C.C. se alza la recurrente y demandada, doña Segunda C. M., quien arguye en su favor lo dispuesto en los arts. 658, 675 y 1.282 C.C., que determinan a su juicio, «la primacía del respeto a la voluntad del causante, y, por tanto, de la sucesión testamentaria, para resolver la cuestión planteada, lo que exige una interpretación literal, primero, y, contractual, despues, si aparece que fue otra la voluntad del testador». La invocación de estos preceptos, que el Tribunal Supremo ignora, implica la localización del debate en sede de interpretación del testamento de don José P. S.

Y en cuanto a la interpretación testamentaria, lo primero que conviene aclarar es que ésta sólo puede referirse a la voluntad declarada en el testamento o voluntad expresa del testador. La interpretación de las disposiciones *mortis causa*, no obstante ser una interpretación subjetiva, dirigida a indagar la verdadera voluntad del testador, ley de la sucesión, cuenta con ciertos límites, que vienen impuestos por el carácter de declaración formal y solemne que el testamento tiene, de manera que únicamente ha de ser objeto de interpretación la voluntad manifestada testamentariamente. Así pues, aun cuando la voluntad del testador pueda investigarse por todos los medios posibles, ha de reconducirse finalmente a la voluntad declarada en forma legal.

Reflejo de todo lo dicho es el art. 675 CC, que ordena estar, en primer lugar, al sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. De manera que aunque la interpretación literal sea el primer criterio hermenéutico, sólo puede aplicarse cuando las palabras contenidas en el testamento expresan fielmente la voluntad del testador; en caso contrario, ésta ha de preva-

lecer. Pero en caso de duda, pese a ser la voluntad del testador el elemento primordial, decidiéndose en todo caso lo más conforme a ésta, habrá de estarse a la declarada testamentariamente, aunque sea de forma elemental o meramente indicativa.

Atendiendo al tenor literal de las cláusulas contenidas en el testamento de don José P. S., éste parece ser lo suficientemente claro como para no poder deducir de él otras hipótesis que las previstas expresamente y que permitieran excluir la reserva lineal. No obstante, puede resultar dudoso que la voluntad del testador haya quedado perfectamente reflejada en sus disposiciones, pues según alega la recurrente «las cláusulas del testamento del primer causante de la herencia dejan a las claras su intención de impedir que los bienes llegaran a manos de sus hermanos al instituir en los supuestos que prevenía, heredero universal de todos sus bienes, derechos y acciones, al asilo de ancianos de la Villa de Llanes». Se impone, pues, la investigación de la voluntad del causante. La interpretación gramatical induce a pensar que no se expresó íntegramente la voluntad del testador, que hay situaciones que, de no haber sido ignoradas, hubieran sido excluidas por aquél. Como dice Puig Brutau, y es doctrina reiterada por la jurisprudencia, la interpretación literal, aun siendo la regla general, sólo debe prevalecer cuando no hay ninguna razón para dudar que la voluntad real ha quedado perfectamente expresada en dicha literalidad (2).

Uno de los elementos a utilizar en dicha investigación es, a juicio de la recurrente, la interpretación contractual y, como un instrumento de la misma, el art. 1.282 C.C. El precepto en cuestión ordena, en sede de interpretación de los contratos, estar a los actos de los contratantes, coetáneos o posteriores al negocio (y sin duda también a los anteriores, según la doctrina). Y es precisamente la admisión de la prueba extrínseca, de la que el art. 1.282 C.C. es una muestra, una de las cuestiones más discutidas en la doctrina y en la jurisprudencia.

En nuestro caso, el recurso a los medios extratestamentarios de prueba puede dar a conocer una voluntad del testador contraria a la aplicación de la reserva lineal. Constando acreditada mediante la prueba testifical practicada en un juicio de faltas seguido contra don José P. S. y su esposa la enemistad que éste mantenía con sus hermanos, y habiendo declarado varios testigos que las disposiciones testamentarias de aquél obedecían a su propósito de que en ningún caso pudieran heredarle los demandantes, la conclusión debe ser que doña Segunda M. C. no se halla obligada a reservar los bienes heredados de su hijo a favor de los hermanos de su difunto esposo. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1952, declaraba que tanto por el contexto del testamento como por lo deducido de las manifesta-

---

(2) PUIG BRUTAU, J.: «Fundamentos de Derecho Civil», Ed. Bosch, T. V, vol. 2.º, p. 245.

ciones de los testigos, recogidas en la prueba por el juzgador de instancia, se podía deducir que la intención del causante fue la exclusión de sus parientes de su herencia.

Sin embargo, esta solución ofrece ciertas dificultades. Si, como se ha dicho, sólo puede ser objeto de interpretación la voluntad manifestada testamentariamente, esta afirmación se contradice con la solución a la que el recurso a pruebas extrínsecas aboca. La utilización de bases de interpretación existentes fuera del testamento conduce a forjar una disposición testamentaria, la que excluye la aplicación del art. 811 C.C., que tal vez fuera la intención real del testador, pero que éste no llegó a expresar. El conocimiento de lo que el testador pudo haber querido decir, pero no dijo de ningún modo, no nos puede servir para interpretar el testamento, pues ello, en realidad, equivale a sustituirlo por otro (3). En resumidas cuentas, la voluntad del testador ha sido suplantada por la del intérprete, adicionando una nueva disposición a su declaración testamentaria.

Este precisamente era el peligro contra el que reaccionaba la doctrina contraria a la utilización de las pruebas extrínsecas y el problema que ocupó también a gran parte de la jurisprudencia. Como dice Lacruz, «la aplicación de las reglas de la hermenéutica tiene un límite en las reglas de forma» (4). Y como ha reiterado el Tribunal Supremo, el intérprete no puede forjar una disposición nueva, ni adicionar o completar el contenido testamentario, pues de lo contrario sobrarían las estrictas formalidades legales que se imponen al otorgamiento del testamento, al valer también una voluntad expresada en cualquier forma. Y como, en definitiva, establece el art. 675 C.C., se ha de observar lo que aparezca más conforme a la intención del testador, pero «según el tenor del mismo testamento».

Estos obstáculos se salvan en la actualidad por la doctrina y la jurisprudencia, en general, condicionando la admisión de la prueba extrínseca a que la voluntad así conjeturada sea reconducible a la declarada testamentariamente, o, dicho en otras palabras, a que el propio tenor del testamento ofrezca un punto de partida para recurrir a la utilización de dichos medios extrínsecos, dando así cumplimiento a lo ordenado por el art. 675 C.C. Así, en un sentido favorable a la utilización de los medios extratestamentarios de interpretación se manifiestan Lacruz y Sancho Rebullida (5), Puig Brutau (6), Roca Sastre (7),

---

(3) PUIG BRUTAU, J.: *Op. cit.*, p. 254.

(4) LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA F.: «Elementos de Derecho Civil», Lib. Bosch, Barcelona, T. V, p. 278.

(5) LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA F.: «Derecho de Sucesiones», Lib. Bosch, Barcelona, T. I, p. 477.

(6) PUIG BRUTAU, J.: *Op. cit.*, p. 220.

(7) ROCA SASTRE, R. M.: Notas al «Derecho de sucesiones», de Kipp, Ed. Bosch, Barcelona, vol. I, p. 134.

Bonet Ramón (8), Díez Picazo (9), Jordano Barea (10) y García Amigo (11).

Por otra parte, como dicen Jordano (12) y Lacruz (13), el art. 675 C.C. restringe el objeto de la interpretación, la voluntad declarada, pero no los medios para interpretarla, de manera que, en caso de duda, para conocer lo que aparezca más conforme a la intención del testador, se puede acudir a medios extraestamentarios, siempre, claro está, que la voluntad así averiguada sea acorde con la manifestada en el testamento y aparezca como complemento de la misma.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, aunque no faltan resoluciones que, invocando el carácter formal de las disposiciones *mortis causa*, han rechazado el recurso a la prueba extrínseca, son mayoritarias las sentencias en las que se ha admitido el uso de la misma. Entre las más recientes se pueden citar las de 5 de junio de 1978, 8 de febrero de 1980, 30 de abril de 1981, 26 de marzo de 1986, 29 de febrero de 1984, 9 de marzo de 1984, 10 de febrero de 1986, 26 de septiembre de 1986, 9 de junio de 1987, 2 de septiembre de 1987, 2 de diciembre de 1991 y 31 de diciembre de 1992. Todas ellas tienen como punto de partida la doctrina sentada en la sentencia de 8 de julio de 1940, y en las que siguieron (14), en la que se declara que «sí bien no hay obstáculo legal que impida al juzgador acudir para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias a circunstancias exteriores al testamento (los llamados medios de prueba extrínsecos) es menester, sobre todo por razón del carácter formal o solemne que tiene el testamento —art. 687 del Código Civil— que el sentido averiguado, desenvuelto por la interpretación, tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento, y puede así la declaración formal ser configurada por sí sola como una declaración del contenido de la voluntad del testador».

---

(8) BONET RAMÓN, F.: «Código Civil comentado», Ed. Aguilar, p. 528.

(9) DÍEZ-PICAZO, L.: «Estudios de jurisprudencia civil», Ed. Tecnos, Madrid, 1969, T. II, p. 541.

(10) JORDANO BAREA, J.: «Interpretación del testamento», Ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 90.

«Comentario del Código Civil», Ministerio de Justicia, 1993, T. II, p. 1697.

(11) GARCÍA AMIGO, M.: «Interpretación del testamento», *Revista de Derecho Privado*, 1969, p. 965.

(12) JORDANO BAREA, J.: «Interpretación...», *cit.* p. 86.

«Comentario...», *cit.*, p. 1696.

(13) LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F.: «Elementos...», *cit.*, p. 283.

(14) Así las sentencias de 3 de junio de 1942, 1 de junio de 1946, 3 de junio de 1947, 2 de junio de 1952, 6 de diciembre de 1952, 25 de noviembre de 1953, 18 de diciembre de 1953, 8 de marzo de 1956, 6 de noviembre de 1962, 18 de diciembre de 1965 y 12 de febrero de 1966.

En el testamento de don José P. S., el punto de partida para recurrir a los medios extrínsecos de interpretación puede ser la cláusula en que se instituye al asilo de ancianos como sustituto vulgar, para que herede los bienes del causante a falta de su esposa e hijo, evitando así que los mismos pasen a sus hermanos. Siendo lo normal en la práctica que los familiares sean preferidos a los extraños en la sucesión de los bienes, esta cláusula testamentaria hace suponer que la intención de don José P. S. era excluir a los mencionados hermanos del disfrute de sus bienes. Y a esta disposición testamentaria se puede reconducir la voluntad averiguada mediante las declaraciones de los testigos a las que se alude en los antecedentes de hecho de la sentencia.

Por otra parte, lo que de la utilización de la prueba extrínseca se deduce es que en el testamento de don José P. S. existe una laguna, pues si tal era su voluntad, y a tal efecto previó los supuestos de conmorienencia de él mismo y sus herederos y de premorienencia de estos últimos, del mismo modo debió haber previsto, de no haberla ignorado, la situación que se contempla en el art. 811 C.C.

Y si bien es cierto que al intérprete le está vedado suplantar la voluntad del testador, inventando una disposición nueva, aunque ésta responda más a su intención real que la declarada formalmente, lo que sí puede hacer es completar la declaración testamentaria expresada defectuosamente. La voluntad real del testador puede haber sido declarada en el testamento de una forma imprecisa, incompleta o defectuosa; como se dice en las resoluciones del Tribunal Supremo, puede ocurrir que haya «cláusulas testamentarias cuyo sentido literal sea dudoso o ambiguo, siquiera lo sean por falta de suficiente expresión del asunto a que se refieren» (sentencia de 5 de julio de 1985), o que «el más somero examen pone de manifiesto que la redacción del mismo resulta deficiente, incompleta, debido tal vez a omisiones de palabras» (sentencia de 12 de febrero de 1952); en definitiva, «el caso de duda a que se refiere el propio artículo (675.1.º) puede nacer no sólo de que las cláusulas del testamento sean oscuras o ambiguas, sino también de que sean en algún punto inexpresivas» (sentencia de 6 de marzo de 1944). Y eso precisamente es lo que parece ocurrir en nuestro caso, como se ha dicho, pues, faltando una cláusula previendo la situación que describe el art. 811, del espíritu que anima el contenido del testamento, según se infiere de sus propias cláusulas, corroborado por el resultado de las pruebas extrínsecas, no se deduce sino, como dice la recurrente, la voluntad del causante de impedir que los bienes llegasen a manos de sus hermanos. Procede, pues, mediante una interpretación integrativa, completar la voluntad testamentaria expresada defectuosamente, de manera que del propio tenor del documento testamentario y de la intención que informa al mismo, se deduzcan las disposiciones oportunas, del mismo modo en que de haber sido previstas por el testador las situaciones respecto de las cuales existe una laguna, aquél lo hubiera ordenado.

El Tribunal Supremo ha hecho uso de la interpretación integrativa en diversas sentencias, apoyándose, para evitar el peligro que ésta conlleva, en el propio art. 675 C.C. Y así, ha declarado que «el sentido literal de las disposiciones del testador, insuficientemente expresado, puede ser desenvuelto e integrado por el juez, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del documento testamentario o, lo que es igual, del “tenor del mismo testamento”, del cual pueda extraerse como por modo claro la verdadera y completa voluntad del disponente» (sentencia de 6 de marzo de 1944). De esta forma, partiendo de la voluntad declarada en el testamento, aunque sea de forma elemental, no se sustituye la voluntad inexistente del testador por la disposición del juez, sino que se completa la voluntad formalmente manifestada interpretando su propio tenor. Como dice Alférez Calderón (15), existiendo un mínimo de expresión o manifestación en el testamento, nada impide extender la declaración mínimamente hecha a puntos no tenidos claramente en cuenta por su autor, pero que estuvieron en su mente. Y en definitiva, existiendo disposición interpretable, de la que se pueda deducir la voluntad presunta del testador en relación con circunstancias o situaciones no previstas por él, se da cumplimiento no sólo a lo ordenado por el art. 675, que remite, en último término al tenor del testamento, sino también a la verdadera intención del causante.

En el caso del pleito, la base para interpretar de forma integrativa la declaración testamentaria podría venir dada por la previsión expresa por el testador de un sustituto vulgar. Este llamamiento a favor del asilo de ancianos demuestra, a juicio de la recurrente, la voluntad implícita del testador, que va más allá de los supuestos previstos, conforme a las prevenciones adoptadas para que no heredaran los demandantes. Si a partir de esta cláusula testamentaria, principio mínimo de interpretación, y del ánimo que la inspira, ratificado por la abundante prueba testifical, que demuestra su conducta, procedemos a interpretar el testamento integrando el mismo, la conclusión lógica será la inexistencia de obligación de reservar de doña Segunda C. M., pues tal habría sido la disposición del testador de no haber ignorado las circunstancias que después de su muerte acontecen y que dan lugar a la aplicación de la reserva lineal. De forma semejante, el Tribunal Supremo declaró en la sentencia de 18 de julio de 1991 que «el Tribunal de instancia ha respetado el sentido del art. 675 del Código Civil que se dice infringido, con una investigación de la voluntad del testador que considera, incluso, su forma de obrar inferida de casos semejantes hasta llegar a la formulación de conclusiones que en modo alguno pueden estimarse de escasa razonabilidad o poca consistencia discursiva; por el contrario, aparecen como explicable colofón de una conducta que implicaba el

---

(15) ALFÉREZ CALDERÓN, G.: «El testamento y su interpretación». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1973, p. 99.



conocimiento de la situación de la cosa prelegada, aunque haya sido preciso, combinar la interpretación integrativa del testamento con algún elemento de prueba extrínseco, dentro, sin embargo, de unos límites prudentes» (sic).

La interpretación integrativa no conduce, pues, a inventar una sustitución fideicomisaria en favor del asilo de ancianos, sino a poner en tela de juicio, como hemos visto, la aplicación del art. 811 al caso que nos ocupa. Del nombramiento de un sustituto vulgar lo único que cabe deducir, en atención a las circunstancias del caso, es decir, sobreviviendo la esposa del causante origen de la reserva, es la voluntad contraria del testador a que los hermanos hereden. Siendo, al parecer, la intención del causante que los bienes sean disfrutados por su mujer e hijo mientras vivan, pues sólo nombra un sustituto para el caso de conmorienza o premoriencia de los mismos, sería sólo a la muerte de la esposa cuando cabría plantear si de la voluntad del testador se puede inferir un llamamiento a favor del asilo como heredero fideicomisario o si, por el contrario, los bienes deberían pasar a los hermanos del cónyuge premuerto. Así pues, sobreviviendo la esposa, la única conclusión a la que la interpretación del testamento nos puede conducir es a la inaplicación de la reserva lineal.

De manera que si bien la voluntad expresa del testador únicamente sirve para apartar a los cuñados de la heredera de su cuota intestada, de acuerdo con lo dispuesto en el testamento, la integración del mismo conforme a la voluntad conjeturada del causante, conduce a excluir a aquéllos, asimismo, de la condición de reservatarios que tendrían en el caso de concurrir los demás requisitos legales. La norma del art. 811 queda así desplazada en virtud de unas disposiciones testamentarias a las que se reconduce la voluntad presunta del causante, completadas en la forma que hemos visto.

### 3. DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE RESERVATARIOS: PARIENTES QUE PERTENEZCAN A LA LÍNEA DE PROCEDENCIA DE LOS BIENES

Según consta en los antecedentes de hecho de la sentencia, los bienes dejados por don José P. S. a su fallecimiento eran, básicamente, inmuebles de carácter ganancial y cuadros producto de su actividad como pintor. Esta circunstancia no supone, sin embargo, obstáculo para el Tribunal Supremo, que declara la obligación de reservar de doña Segunda C. M., por estimar que para determinar los bienes que son reservables únicamente se ha de atender a su procedencia inmediata, sin necesidad de buscar el origen de los mismos, ni la familia a la que pertenecieron. Rechaza, así, el Alto Tribunal, las alegaciones de la recurrente, quien invoca a su favor el carácter restrictivo con que debe interpretarse el art. 811, según reiterada jurisprudencia sobre la procedencia de los bienes.

En este sentido, doctrina y jurisprudencia (16) han declarado en numerosas ocasiones el carácter excepcional de la norma contenida en el art. 811 C.C. Calificada como «*ius singulare*», como norma que altera el proceso sucesorio ordinario, haciendo seguir a los bienes un curso anómalo y limitando la legítima de los ascendientes, ha de ser objeto, se ha dicho, de una interpretación y aplicación restrictiva, de modo que no se modifique el «*ius commune*» más que en cuanto lo imponga su texto y según su *ratio*. Y son precisamente aquél, el tenor literal del art. 811, y ésta, la finalidad que persigue y justifica dicha norma, los que conducen a declarar la inexistencia de obligación de reservar de la recurrente.

Tal y como establece el art. 811, uno de los presupuestos de aplicación de la reserva lineal es que los bienes en cuestión tengan el carácter de reservables. Para apreciar la concurrencia de este requisito, el tenor literal del art. 811 sólo exige que hayan sido heredados por ministerio de la ley por un ascendiente de su descendiente, los bienes que este último hubiese adquirido, a su vez, a título lucrativo, de otro ascendiente o de un hermano, sin imponer ningún otro requisito en cuanto a la procedencia de esos bienes, que, de esta forma, pueden haber tenido un titular anterior al primero de los ascendientes de quien los hubo el descendiente, o, por el contrario, puede haber sido dicho ascendiente el primer adquirente de los mismos, pues la norma no distingue. Así pues, según el texto del art. 811 C.C., sólo se debe atender al origen inmediato de los bienes para determinar cuáles son reservables.

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como pone de relieve la sentencia que nos ocupa, ha prescindido de la procedencia mediata de los bienes y ha atendido únicamente a la persona de quien inmediatamente los obtuvo el descendiente; en este sentido se manifiestan sentencias como las de 30 de diciembre de 1887, 8 de noviembre de 1906, 29 de octubre de 1909, 7 de noviembre de 1927, 26 de noviembre de 1943, 12 de diciembre de 1945, 2 de marzo de 1956 y 22 de marzo de 1986.

Ahora bien, aun cuando esto sea así, y los bienes se reputen reservables, ello por sí solo no prejuzga la concurrencia de los demás presupuestos de aplicación del art. 811 C.C., tales como el de que los parientes en cuestión puedan ser considerados reservatarios (17). El Código Civil exige, para que la reserva lineal tenga lugar, que los re-

---

(16) VALLET DE GOYTISOLO, J.: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el art. 811 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1957, I, p. 253.

«Interpretación, localización...», *cit.*, pp. 375 a 384.

«Comentarios...», *cit.*, pp. 62 y 63.

«Panorama...», *cit.*, pp. 887 y 888.

(17) VALLET DE GOYTISOLO, J.: «Interpretación, localización...», *cit.*, pp. 389 y 390.

«La jurisprudencia...», *cit.*, *Anuario de Derecho Civil*, 1957, II, pp. 693 a 711.

«Hipótesis y tesis del art. 811 del Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, 1961, pp. 895 y 919 a 921.

«Panorama...», *cit.*, pp. 902 y 903.

servatarios sean parientes que, además de hallarse dentro del tercer grado, pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes. Y es precisamente este requisito, ignorado por el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos, el que determina, por no concurrir, que doña Segunda C. M. no está obligada a reservar los bienes habidos de su descendiente a favor de los hermanos de su esposo premuerto.

El art. 811 C.C., como hemos dicho, concreta la reserva a los parientes que pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden. Si por ésta se entiende, aunque sea una cuestión discutida en la doctrina, la trayectoria que los bienes recorren dentro de una línea familiar, de acuerdo con Vallet de Goytisolo, la consecuencia será respecto de los bienes objeto de controversia en el caso del pleito que, puesto que se trata de cuadros producto de su actividad como pintor e inmuebles adquiridos constante matrimonio y de carácter ganancial, la trayectoria recorrida por los mismos vendrá determinada por el camino que a partir de ese momento sigan. No habiendo tenido dichos bienes un titular anterior dentro de la familia de don José P. S., la línea a recorrer por los mismos tiene como punto de partida a este último a los efectos del art. 811 C.C., de manera que sólo pueden considerarse reservatarios los hermanos y sobrinos del descendiente, que lo sean por parte de su padre, quedando excluidos todos los ascendientes y los tíos. En palabras de Vallet de Goytisolo, «para tener derecho a la reserva es preciso descender de un ascendiente que lo sea del descendiente y que, además, hubiese sido titular de los bienes en cuestión. Con lo cual el ámbito familiar beneficiado por la reserva será menor cuando el ascendiente o el hermano de quien directamente hubo los bienes el descendiente, hubiera sido el primer familiar adquirente de los mismos». En definitiva, no concurre en los hermanos de don José P. S. la condición de reservatarios.

Esta solución, que, en contra de lo declarado por el Tribunal Supremo, conduce a afirmar la inexistencia de obligación de reservar, tiene a su favor los resultados a que una interpretación teleológica del art. 811 C.C., esgrimida por cierto sector doctrinal, conduce (18). Si, abandonando la interpretación literal de la norma en cuestión, reflexionamos sobre el espíritu que la informa, el resultado al que llegamos es el mismo. En este sentido, de todos es conocido que el origen del precepto fue el caso expuesto por Alonso Martínez, en el que los bienes habían pasado a manos de personas extrañas al tronco familiar del ascendiente de quien procedían mediatamente, por el azar de los enlaces y las muertes prematuras, mientras los descendientes de aquél queda-

---

(18) VALLET DE GOYTISOLO, J.: «La jurisprudencia...», *cit.*, 1957, II, pp. 334 a 353.

«Hipótesis...», *cit.*, p. 900.

«Interpretación, localización...», *cit.* pp. 925 a 300.

«Panorama...», *cit.*, pp. 885 y 886.

ban excluidos del disfrute de dichos bienes, viviendo en la estrechez. La reserva lineal se impone, pues, con referencia a un ascendiente que lo sea del ascendiente origen de la reserva y de los hermanos de éste, y para evitar que los bienes procedentes mediatamente de aquél pasen a una familia extraña a la suya. Lo que con la obligación de reservar se trata de impedir es, así, que los bienes se desvíen de su línea de procedencia por la interposición de un ascendiente, el que hereda por ministerio de la ley de su descendiente, que sea de rama distinta. De manera que, si la *ratio* de la norma es evitar que los bienes pasen a personas ajenas a su línea de procedencia, y si dicha *ratio* es determinante de su aplicación, ésta habrá de excluirse, siendo una norma de aplicación restringida, cuando el peligro que se trata de eludir no acontece en la realidad. En el caso que resuelve la sentencia que comentamos es obvio que, respecto de los hermanos del cónyuge premuerto, no se da el riesgo en contemplación del cual fue dictada la norma del art. 811 C.C., pues ellos precisamente serían los extraños a la línea de procedencia de los bienes. En definitiva, como dice Vallet de Goytisolo, «al eliminar a todos los parientes que, aun estando en tercer grado de parentesco con el descendiente, y perteneciendo al lado paterno o materno, no se hallen en la línea genealógica por la que procedían los bienes, se aplica el art. 811 del modo menos contrapuesto al derecho sucesorio común y no sólo no se incumple su *ratio* determinante, sino que se cumple mejor».

A idéntica conclusión a la aquí expuesta llega el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de octubre de 1989, que, sin embargo, no sirve de precedente a la que nos ocupa. En dicha resolución, el Alto Tribunal considera suficiente para la operatividad del art. 811 y, por tanto, para estimar reservatarios a los tíos del descendiente de quien heredó abintestato el ascendiente reservista, su padre, el que los bienes fueran heredados por dicho descendiente de su madre premuerta, hermana de los demandantes, que los obtuvo a su vez por vía sucesoria de sus padres. Sin embargo, en relación con una medio hermana del mencionado descendiente, fruto de un segundo matrimonio del padre reservista, considera que no puede ostentar el más mínimo derecho a los bienes de la procedencia lineal de la madre origen de la reserva, primera esposa del reservista, y declara que «pretender, como lo hace el motivo, anudar derechos hereditarios a dicha demandada, la hija del segundo matrimonio contraído por el reservista, es un quebrantamiento frontal del espíritu y letra del art. 811 que se dice violado, pues aunque la sentencia de 22-3-1986 ya invocada excluye la calificación de troncal a la reserva establecida en dicha norma, lo hace en el sentido exclusivo de no precisar remontarse a grados superiores del árbol genealógico en punto a la procedencia de los bienes a reservar, pero sin que ello quiera decir que puedan beneficiarse los parientes de línea distinta a la de tal procedencia por muy buenas relaciones o por la constante convivencia que se tenga con el descendiente fallecido abintestato cuyo deceso precisamente da origen a la institución de la reserva, pues ello —volvemos a

repetir— sería desvirtuar el espíritu y propósito de la norma que se dice infringida cuya literalidad no deja lugar a dudas y siendo como es, una excepción puntualizada por el legislador al orden sucesorio pautado en el Código Civil, al no haber sido objeto de modificación ni en la reforma tan progresista de la Ley de 13 de mayo de 1981, es señal cierta y segura de que su contenido moral y de respeto a la familia de la línea de procedencia de los bienes, cuando no hay una voluntad expresa del descendiente en contra, responde a una fuerte convicción persistente en el ánimo del legislador en evitación quizá de eventuales fraudes o contubernios».

Así pues, cualquiera que sea la perspectiva desde la que el caso del litigio se contemple, la solución es la misma, como ya se ha adelantado: inexistencia de la obligación de reservar de doña Segunda C. M. A tal conclusión debió llegar el Tribunal Supremo, de no haber ignorado la cuestión que conduce a la misma, a saber: la determinación de la condición de reservatarios.

# SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ  
Colaboran: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ  
Rosario DÍAZ ROMERO  
Pedro José FEMENIA LÓPEZ  
Gabriel GARCÍA CANTERO  
Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA  
Inmaculada HERBOAS MARTÍNEZ  
Oscar MONJE BALMASEDA  
Nieves MORALEJO IMBERNON  
Paloma POVEDA BERNAL  
Aurea RAMOS MAESTRE  
Rafael SÁNCHEZ ARISTI

## I. DERECHO CIVIL

### 2. DERECHO DE LA PERSONA

**1. Cintas de video. Valor probatorio.**— Los medios probatorios documentales aparecen regulados en los artículos 1.216 y siguientes del Código Civil y 596 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se suele equiparar documento a escritura artículos 1.223 y 1.224 del Código Civil, y no se prevén las aportaciones probatorias derivadas de los importantes avances y descubrimientos técnicos de estos tiempos, como sucede con las cintas magnéticas, vídeos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual del pensamiento humano, contrario a lo que sucede en el Código Civil italiano, cuyo artículo 2.712 (sección cuarta, título segundo, libro sexto) en relación al precepto 261 del Código de procedimiento civil, si recoge tales instrumentos de prueba, tanto en forma general como específica.

La falta de atención de nuestros legisladores a estos estados de progreso científico no significa que la jurisprudencia permanezca estática y pasiva, en razón a la labor de hacer el Derecho más próximo y útil a los hombres por su

adecuación a la realidad histórico social presente y complementación del Ordenamiento Jurídico (arts. 1-6.º y 3 del Código civil). No se da prohibición expresa de utilización de esta clase de medios probatorios y los artículos 578 de la Ley de enjuiciamiento Civil y 1.216 del Código civil no han de reputarse herméticamente cerrados al efecto, en cuanto aquellos reflejan más que propiamente expresan los pensamientos humanos. En todo caso su utilización probatoria exige siempre la necesaria y precisa adveración y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad que encuentra cauce procesal adecuado mediante el reconocimiento judicial, sometido a las reglas de procedimiento y valoración previstas. En esta línea aperturista es significativa la antigua sentencia de 25 de mayo de 1945 que reconoció valor probatoria a reproducciones fotográficas, al no presentar en pugna con la ley y concretamente con el precepto procesal 504, estableciendo la resolución los requisitos para lograr eficacia.

**Derecho al honor y a la propia imagen, y derecho a la transmisión de información.**— El consentimiento expreso otorgado por la actora lo fue para un testimonio exclusivamente personal, con fines de divulgación social y con el objetivo de animar a otras personas con problemas de tal clase a procurar su rehabilitación y por ello no fue aplicado correctamente el artículo 2-2 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, pues se hizo un aprovechamiento alterante de dicho consentimiento inicial, se desvió de lo que constituía su objeto y contenido, con repercusión dañosa en el honor y propia imagen de la que ahora recurre, al ser utilizados en forma no correcta y distinta a como lo fue inicialmente. (...) quiebra la primacía del derecho a transmitir información, en todo caso veraz, conforme al artículo 20.1 d) de la Constitución, que también quiere decir exacta, no cercenada y sin manipulaciones que puedan dar a entender lo que viene a ser distinto o diferente del contenido fiel correspondiente a la misma, con lo que pierde la esencial condición de autenticidad, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que la legitimación informadora no concurre cuando el ejercicio de tal derecho en libertad lo es «de manera desmesurada y exorbitante del fin», en atención al cual la Constitución concede su posición preferencial (Sentencias 171/1990 y 197/1991, de 17 de octubre). (STS de 30 de noviembre de 1992; ha lugar).

**HECHOS.**— T.V.E., sin consentimiento expreso de la actora del proceso, utilizó una grabación en la que ella aparecía como protagonista para un segundo programa televisivo sobre el mismo tema, pero con la particularidad de que el segundo programa omitió una parte del testimonio grabado con anterioridad, precisamente aquél en el que se declaraba haber logrado la rehabilitación. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta frente a Televisión Española, S.A. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto, y el Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia dictada en la segunda instancia, confirmando la pronunciada en primera instancia. (A.R.M.)

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**2. Incumplimiento resolutorio.**— Es doctrina reiterada de esta Sala la de que el incumplimiento que produce la resolución contractual o en la que pue-

de basarse la excepción «*non adimpleti contractus*» esgrimida por la demandada y rechazada por la Sala de Apelación exige un verdadero y propio incumplimiento de alguna obligación principal derivada del contrato, sin que puedan una y otra apoyarse en un cumplimiento defectuoso, que podrá dar lugar a otras acciones, especialmente de garantía o indemnizatorias, pero que en modo alguno son fundamento suficiente para sustentar en tal defectuosidad la acción o la excepción aludidas.

**Arrendamiento de servicios: defectos en los servicios prestados.**— Habida cuenta que el contrato suscrito por los litigantes era de arrendamiento de servicios y no de obra, por lo que la obligación que competía al actor no era la consecución de una finalidad última, sino una mera actividad (...), lógico es concluir que desempeñada por el actor recurrido tal actividad de prestación de servicios, no deben equipararse al incumplimiento de su obligación los defectos que puedan apreciarse en los servicios prestados. (STS de 25 de noviembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Teniendo suscrito las partes litigantes un contrato de arrendamiento de servicios, la actora, en Primera Instancia reclama a la Mercantil demandada el abono de parte de sus honorarios devengados por los servicios prestados a la misma. El Juzgado desestimó la demanda, y apelada la sentencia ante la Audiencia Provincial de Sevilla ésta la revocó condenando a la Mercantil demandada a satisfacer los honorarios solicitados, si bien en cuantía inferior a la pretendida. No prospera el recurso de casación. (A.R.M.)

**3. Acción pauliana ó revocatoria: Carácter subsidiario.**— Los requisitos de la acción pauliana vienen presididos por el inciso primero del artículo 1111 del Código Civil, al preceptuar que «los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se le debe» pueden impugnar los actos fraudulentos del deudor en contra del derecho de aquéllos. Es decir, que la impugnación de los actos fraudulentos tiene como presupuesto inexcusable que previamente se hayan perseguido los bienes que posee el deudor. Este requisito viene corroborado por el artículo 1291-n.º 3 del mismo Código cuando señala que son rescindibles los contratos «celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan cobrar de otro modo lo que se les deba», y por lo dispuesto con carácter general para las acciones rescisorias en el 1294 del mismo texto legal.

El Tribunal Supremo ha venido reiterando el carácter subsidiario de esta acción en Sentencia de 25 de junio de 1927, 15 de febrero de 1986 y otras, de modo que, como declararon las de 12 de marzo de 1984, 24 de noviembre de 1988 y otras, la entidad demandante no respeta el carácter subsidiario de la acción ejercitada cuando descuida la previa persecución de los bienes de que el deudor pudiera hallarse en posesión.

**Insuficiencia de bienes.**— No puede decirse que se haya acreditado la insuficiencia de los bienes perseguidos para la satisfacción del acreedor, ni consiguientemente que haya quedado patente la insolvencia de los deudores, cuando no consta que se realizase el embargo sobre bienes inmuebles en el sentido de proseguir el procedimiento de apremio que la ley de Enjuiciamiento Civil regula en sus artículos 1489 a 1531, de cuyos trámites ninguno impulsó la ejecutante, aunque constase acreditado «que el juicio ejecutivo llegó a



sentencia de remate e incluso que se embargaran ciertos bienes inmuebles de los deudores».

**La insuficiencia de bienes y la existencia de fraude son puras cuestiones de hecho.**— Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la insuficiencia de bienes para atender el pago del crédito en litigio y que las enajenaciones se hayan verificado un fraude de acreedores, «son puras cuestiones de hecho, sometidas a través de la valoración de la prueba, a la exclusiva competencia de la Sala de instancia, cuyas apreciaciones deben respetarse en casación, a no ser que un error de hecho ó de derecho, alegados por conducto, el primero, del n.º 4, y el segundo, por el cauce del n.º 5, ambos del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, demuestre la equivocación del juzgador (sentencias, entre otras, de 21 de junio de 1945, 31 de marzo de 1965, 17 de marzo de 1972, 12 de junio de 1985, 30 de enero de 1986, 24 de noviembre de 1988 y 16 de marzo de 1989)». (STS de 27 de mayo de 1992; no ha lugar). (I.H.M.).

**4. Arrendamiento de minas: Reclamación de indemnización. La moderación de responsabilidad prevista en el art. 1.103 del C.c. sólo es aplicable a la que proceda de negligencia. El «quantum» de la indemnización ha de concretarse no en atención a la valoración del terreno ocupado, sino al tiempo de duración de la explotación.**— Es cierto que esta Sala ha establecido en ocasiones (sirva de ejemplo por reciente la Sentencia de 15 de julio de 1991) que la moderación de la responsabilidad prevista en el art. 1.103 del C.c. sólo es aplicable a la que proceda de negligencia, mas no cuando es manifiesta la voluntaria omisión del deber contractualmente asumido, el designio evidente de incumplir la prestación debida, pues tal comportamiento se aleja de la mera negligencia para acercarse al dolo; pero no lo es menos que: a) Aún aceptándose en el caso que nos ocupa la voluntad de incumplimiento, la no reparación de los daños y perjuicios por parte del deudor se debió a que estimaba no haberlos producido, al no haber concluido la explotación del grupo minero, momento en el cual era cuando se habían de dejar, según el contrato, todas las labores tapadas, pero no antes; b) no obstante cuanto antecede, la Audiencia condena a la indemnización de todos los daños que estima producidos por el deudor, excluyendo los causados por anteriores explotaciones, que no pueden imputársele, y por eso dice que tales daños «han de concretarse no en atención a la valoración del terreno ocupado, sino al tiempo de duración de la explotación, teniendo en cuenta además la existencia de explotaciones anteriores desde 1943 y 1946», siendo ésta la razón, junto a que el deudor concluyó el contrato en 1986, por la que se fija los daños que había de indemnizar en un veinte por ciento de los valorados por el périto, quien no había podido deslindar los causados por la explotación del demandado de los producidos por explotaciones anteriores, valorando el total, de manera que si la Audiencia no aplica la solución expuesta el dañado sería el hoy recurrente; c) la moderación del art. 1.103 que cita la Sala de instancia ha de entenderse, pues, no como la «*ratio decidendi*», sino como criterio equitativo a mayor abundamiento u «*obiter dictum*», contra el que, sabido es, no cabe casación.

**Documentos y certificaciones puramente administrativos o fiscales. No sirven para amparar el error en casación, pero pueden tomarse en consideración por los Tribunales de instancia para fijar la base fáctica de la apreciación y valoración de la prueba.**— Los documentos y certificaciones puramente administrativos o fiscales no son amparadores de la denuncia

de error, ni sirven de apoyo al art. 1.692-4.<sup>o</sup> de la L.E.C., que requiere la literosuficiencia del documento, es decir, que revele por sí mismo el error acusado sin necesidad de acudir a conjeturas, deducciones, hipótesis o inferencias, circunstancia aquella que no suele concurrir en tales documentos, pero una cosa es que no sirvan para amparar error en casación y otra muy distinta que no puedan tomarse en consideración por los Tribunales de instancia para fijar la base fáctica, ejercitando facultad que les pertenece como propia y soberana en sistema como el español, regido por el principio de la libre apreciación y valoración de la prueba por el Juzgador, salvo que al así hacerlo se vulneren principios de prueba tasada y siempre con la posibilidad de que la valoración probatoria se practique mediante apreciación conjunta; una cosa es la autolimitación que el recurso extraordinario impone y esta Sala acata y aclara (en ocasiones extraordinarias ha accedido a completar el *factum*) y otra muy diferente trasladar a las instancias la restricción, como pretende el recurrente, teniendo dicho esta Sala en múltiples ocasiones que los documentos administrativos forman parte de todo el acervo probatorio y contribuyen a que el Juez obtenga su libre convicción, siempre que el resultado obtenido no devenga vulnerador de precepto legal imperativo, ilógico, absurdo, o contrario a las reglas de la sana crítica, buen criterio y máximas de experiencia. (STS de 3 de diciembre de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— El recurrente en casación, mediante contrato de 1 de febrero de 1978, cedió a G.V.L. parte de la finca «Barcialejo», paraje «El Sierro», para que efectuase trabajos de explotación minera, fijándose un precio mensual y comprometiéndose el segundo a no arrojar escombros, procedentes de los trabajos, sobre las alambradas que servían de separación de fincas, así como a dejar todas las labores tapadas, una vez finalizada la explotación del grupo minero. El arrendador, entendiéndose que no se habían cumplido tales obligaciones, presentó demanda reclamándole 14.267.944 pesetas por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión, al considerar que no se habían determinado los daños ocasionados, al haber existido otras explotaciones anteriores que podían haberlos producido. La Audiencia revocó parcialmente la sentencia del Juzgado. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (P.-J.F.L.)

**5. Donación de bienes inmuebles. Acción rescisoria por fraude de acreedores.**— La acción rescisoria por fraude de acreedores está incuestionablemente establecida por las leyes en favor del acreedor burlado, hasta el punto de que cuando la enajenación lo es a título gratuito el artículo 1297 del Código Civil lo presume con presunción *iuris et de iure* cuando no se han reservado bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a la donación y, posteriormente el donante solicita su declaración concursal (artículo 643.2.<sup>o</sup> del Código Civil).

**Cómputo del plazo de caducidad de la acción rescisoria.**— Por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil, en el cómputo del plazo de caducidad de la acción rescisoria por fraude de acreedores, el día inicial será aquel en que de hecho, acreditado o por disposición legal vinculante, pueda tener cabal y entero conocimiento la víctima burlada del acto subrepticio y torticero que le produce un daño patrimonial.

**Tercero hipotecario.**— El tercero (hipotecario) a que se refiere el artículo 37.4.º, párrafo 4.º, de la Ley Hipotecaria, es el subadquirente del donatario que inscribe su título oneroso otorgado a su favor por dicho donatario (STS de 16 de febrero de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Una entidad mercantil presentó demanda en la que solicita la declaración de nulidad por falta de consentimiento y subsidiariamente la rescisión de las donaciones de varias fincas realizadas por el padre en favor de dos hijos por fraude de acreedores. En la contestación a la demanda, se alegó la excepción perentoria de caducidad de la acción rescisoria. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la rescisión de las donaciones. La Audiencia confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

**6. Prelación de créditos: Auto acordando expedir mandamiento al Registro para la cancelación de derechos no preferentes.**— El Auto dictado en apelación, acordando expedir mandamiento al Registro de la Propiedad para la cancelación de las inscripciones y anotaciones de créditos ó derechos no preferentes que pesasen sobre los inmuebles embargados, tras haberse rechazado por el juzgado dicha petición por desconocerse cuales de las anotaciones preventivas cuya cancelación se instaba tenían el carácter de «no preferentes», se ajusta al trámite propio y pertinente de la fase de ejecución, lo que evidencia que el Auto objeto de casación no puede comprenderse en el apartado 2.º del artículo 1687 de la ley de Enjuiciamiento Civil si no resuelve puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la Sentencia ó que contradigan lo ejecutoriado, lo cual no es el caso.

**Las razones de inadmisión son suficientes para la desestimación del Recurso.**— La conclusión que se acaba de exponer llevó a la desestimación del Recurso, haciendo innecesario el estudio de la cuestión planteada en el mismo, ya que es doctrina consolidada por el Tribunal Supremo que «los motivos legales en que puede fundarse la no admisión de un recurso son pertinentes, al resolver en el fondo, para desestimarle, aún cuando se hubiese admitido, pues las razones de inadmisión son suficientes, si resulta demostrada su existencia, para que los recursos deban ser desestimados», doctrina que puede aplicarse de oficio por afectar a normas de contenido imperativo. (STS de 14 de mayo de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— La Resolución recurrida en casación derivó de la fase de ejecución correspondiente a un declarativo de mayor cuantía, en la que, como consecuencia de un auto de adjudicación de las fincas embargadas, se solicitó, de conformidad a la regla 2.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, la expedición de mandamiento al Registro de la Propiedad para la cancelación de las inscripciones y anotaciones de créditos ó derechos no preferentes que pesasen sobre los inmuebles embargados y adquiridos, petición que fue rechazada por auto del juzgado, por desconocerse cuales de las anotaciones preventivas, cuya cancelación se instaba, tenían el carácter de «no preferentes», y acogida, por el contrario, por Auto de la Audiencia que, revocando aquél acordó expedir el mandamiento, siendo dicha resolución la recurrida ahora en casación. (I.H.M)

**7. Condonación parcial de deuda. Causa. Intimidación.**— Aunque lo general es que la causa de la condonación sea la «*causa donandi*», el ánimo de liberalidad del acreedor, es posible al amparo del artículo 1255 del Cc, que por convenio de las partes, la condonación responda a causa distinta; pero en todo caso la causa ha de existir.

Es causa ilícita del negocio que un Ente público, en un Estado de Derecho, aproveche la angustiosa situación económica de un acreedor para obtener una condonación parcial de la deuda.

La intimidación como vicio del consentimiento al amparo de los arts. 1265-1267 Cc. El amenazar con no pagar prontamente a una empresa acreedora en una situación de peligro de suspensión de pagos y previsible quiebra, si ésta no perdona parte de la deuda es encuadrable en la figura de vicio del consentimiento por intimidación.

**Inexistencia de negocio fiduciario.**— Para que exista esta figura ha de haber una divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado; de manera que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico puesto en juego.

Si la causa aparente expresada en el negocio es distinta a la real, estamos en el ámbito jurídico de la simulación y no de la fiducia. (STS de 5 de abril de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— La Sociedad A, es acreedora de un Ayuntamiento por una prestación continuada de servicios, y por un montante económico considerable. A, ante el impago prolongado de la cantidad adeudada y ante la difícil situación económica, próxima a la quiebra por la que atraviesa, acepta firmar un documento, condonando parte de la deuda, aunque sin voluntad liberadora.

La Sociedad, solicita ante el Juzgado la declaración de nulidad de la donación y el reintegro por el Ayuntamiento de lo condonado. En Primera Instancia se declara la procedencia de ambos pedimentos. En apelación se revoca la sentencia declarando la validez de la donación. El TS anula la sentencia de apelación. (P.P.B.)

**8. Opción de compra: Doctrina general.**— La opción de compra no aparece regulada en el C.c., aunque tenga reconocido su aspecto registral en el art. 14 R.H., teniendo declarado esta Sala que debe entenderse como tal aquel convenio por virtud del cual una parte concede a la obra la facultad exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante; siendo sus elementos principales: 1.<sup>o</sup>) La concesión al optante del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compra, 2.<sup>o</sup>) La determinación del objeto, 3.<sup>o</sup>) El señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición, y 4.<sup>o</sup>) La concreción de un plazo para el ejercicio de la misma; siendo, por el contrario, elemento accesorio, el pago de una prima; o como tiene resumido esta Sala: «en el contrato de opción de compra, la compraventa futura está plenamente configurada, y depende del optante únicamente el que se perfeccione o no» (ss. de 16 de abril de 1979, 4 de abril de 1987, 9 de octubre de 1987, 24 de octubre de 1990, 24 de enero, 28 de octubre y 23 de diciembre de 1991, entre otras).

**Caducidad.**— Al tratarse de un contrato atípico, la principal fuente de su regulación habrá que ir a buscarla en la voluntad de las partes, según dispone el art. 1255 C.c., y subsidiariamente en la creación jurisprudencial que reconoce su naturaleza; en el presente caso, resulta obligado mantener la declaración de caducidad que contiene la sentencia recurrida por dos grupos de razones: a) realmente la caducidad se produjo por ministerio de la ley, ya que, de conformidad con el art. 1262 párr. 2.<sup>o</sup> C.c., cuando el requerimiento notarial que contenía el ejercicio de la opción llega al conocimiento de los demandantes, habría transcurrido con exceso el plazo fijado, si bien, por voluntad del oferente este plazo se prorroga, aunque la misma voluntad pone fin al mismo con fecha 17 de julio de 1986, dada la actitud reiteradamente negativa del optante; b) se pacta contractualmente que el abono de la totalidad del precio convenido se efectuará al contado y en el momento de ejercitar la opción de compra; cláusula contractual que no ha tenido nunca efectivo cumplimiento (STS de 1 de diciembre de 1992; no ha lugar).

NOTA.— Correcta síntesis de la doctrina legal sobre contrato de opción y adecuada aplicación de la misma al supuesto de hecho. Hay, con todo, un aspecto que merece comentarse. Se trata de un arrendamiento de local de negocio con opción de compra, celebrado el 15 de mayo de 1984 con duración de un año, que por acuerdo de las partes se prorroga durante otro más, estableciéndose que del precio pactado se deducirán las rentas abonadas. ¿No cabe pensar en una simulación para eludir la prórroga forzosa? En ningún momento el arrendamiento parece haber dispuesto de numerario para adquirir el local, aunque ha intentado extemporáneamente ejercitar la opción. Ciertamente, en razón a la fecha, el segundo contrato quedaba sometido al Decreto-ley Boyer, con lo que se eliminaba el problema de la prórroga. Por otra parte es de observar que en ningún momento se cuestiona la vigencia del arrendamiento, limitándose el arrendador a solicitar, junto con la declaración de caducidad de la opción, el abono de las rentas pendientes. Con la nueva LAU de 1994 los problemas simulatorios perderán virulencia. (G.G.C.)

**9. Venta de cosa ajena: Doctrina General.**— No se puede inviabilizar el contrato de compraventa en cuestión por el mero dato de que, hipotéticamente, se tratase de la venta de una cosa ajena y que el vendedor fuese un *non dominus* ya que en nuestro derecho la compraventa no funciona, en puridad, como un negocio traslativo de dominio (aunque, por lo general, sirva en la praxis para producir ese efecto traslativo), sino como un negocio de transferencia de la posesión de la cosa, tal y como, de forma elocuente, se deriva, no sólo de lo dispuesto en su definición legal en el art. 1445 C.c., sino de lo establecido en el art. 1461 al prescribir que el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la compraventa, es decir, que el vendedor no se obliga a transmitir al comprador el dominio de la cosa vendida, ni tampoco a través de la compraventa se realiza un negocio traslativo de dominio, sin perjuicio -se reitera- que dentro del tráfico jurídico eso acontezca; mas, en puridad técnica, es perfectamente factible la compraventa de cosa ajena.

**Error en la apreciación de la prueba.**— Es doctrina reiterada que la casación no es una tercera instancia, por lo que no cabe, al amparo de la denuncia del error, revisar toda la prueba, y, menos aun, desarticularla cuando se ha valorado conjuntamente, y sacar el recurrente sus propias conclusiones o de-

ducciones para hacerlas prevalecer; el documento de apoyo ha de ser literosuficiente, revelador por sí mismo, sin necesidad de interpretaciones, hipótesis o inferencias, del error denunciado, y no estar contradicho por otras pruebas; no siendo hábiles para acusar el error, los atestados de la Guardia Civil, ni las diligencias de reconocimiento judicial, ni la inspección ocular, ni las declaraciones testificales, aunque se hayan documentado.

**Error de derecho en la valoración de la prueba: Documento privado no reconocido.**— La denuncia del error de derecho en la valoración de la prueba requiere inexcusablemente la cita del precepto que, conteniendo normas valorativas de la prueba, se considere infringido, así como la expresión del concepto en que lo haya sido; es doctrina reiterada que la falta de reconocimiento o adveración de un documento privado no le priva en absoluto de valor, y puede ser tomado en consideración, ponderando sus grados de credibilidad atendidas las circunstancias del debate (STS de 16 de noviembre de 1992; no ha lugar). (G.G.C.)

**10. Compraventa. Entrega de cosa diversa.**— En el contrato de compraventa, estamos ante un supuesto de incumplimiento contractual por entrega de objeto distinto, (aplicación de la doctrina del «*aliud pro alio*») cuando las imperfecciones del mismo son de tal magnitud que hacen al objeto totalmente inadecuado o inhábil para el fin en función del cual se celebró el contrato, con total insatisfacción del comprador, lo que hace de recibo la aplicación de los mecanismos resolutorios por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios que se contemplan en los artículos 1101 y 1124 del Cc.

La calificación del objeto del contrato como de segunda mano o usado no excluye el que efectivamente haya de servir al fin para el cual se adquirió.

**Vicios ocultos.**— No es viable la aplicación de las acciones que se contienen en el artículo 1486 del Cc, por cuanto los defectos son apreciados y apreciables desde un primer momento, lo cual excluye que estemos ante un supuesto de vicio oculto. (STS de 7 de abril de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— A compra a B una máquina de segunda mano, para instalar en su fábrica. En el contrato de compra-venta se hace constar que la máquina se entregaría «pintada y repasada». Tras diversas reparaciones la máquina no llega nunca a funcionar.

A demanda a B por vicios ocultos en la cosa, solicitando resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia se absuelve a B de todos los pedimentos. El Tribunal de apelación, confirmado por el Tribunal Supremo, estima la resolución por incumplimiento por inadecuación de la cosa al fin para el cual contractualmente se pensó. (P.P.B)

**11. Compraventa de inmuebles: «Aliud pro alio» y no responsabilidad por vicios ocultos.**— Tratándose de graves defectos en la cubierta del edificio, cuya solución constructiva es inadecuada *per se*, y que se concretan en deslizamientos de las piezas de gres y mortero, abombamientos y deformaciones del plano de la cubierta, fisuras en las piezas de gres, incluso desprendimiento de la capa superior vitrificada, es de aplicar la constante doctrina jurisprudencial, precisada recientemente en ss. de 28 de enero y 20 de julio de 1992, en los siguientes términos: Se está en presencia de entrega de cosa di-

versa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, que le permite acudir a la protección dispensada en los arts. 1101 y 1124 C.c., sin que sea aplicable el plazo semestral que señala el art. 1490 para el ejercicio de acciones edilicias; los arts. 1484 y 1490 C.c., como reguladores de las acciones redhibitorias y *quanti minoris*, integradas en el art. 1486, resultan inaplicables en aquellos supuestos en que la demanda no se dirija a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos, sino las derivadas por defectuoso cumplimiento al haber sido hecha la entrega de cosa distinta o con vicios que hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina.

**Personalidad de la comunidad de propietarios.**— Aun siendo cierto que, en el encabezamiento de la demanda consta solamente que el Procurador actúa en nombre de la Comunidad de Propietarios, sin expresar que ésta se halla representada en juicio por su Presidente, ello no basta para establecer la falta de personalidad de la actora pues el poder para pleitos aparece otorgado por don Paulino R.L. en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios, de la que —según hay constancia en el poder originario— era Presidente, todo lo cual indica que el referido «ente comunitario» interviene en el proceso representado por su Presidente, según preceptúa el art. 12 de la L.P.H. y declara la jurisprudencia (ss. de 17 de junio y 27 de septiembre de 1989 y 8 de enero de 1992). (STS de 12 de abril de 1993; no ha lugar). (G.G.C.)

**12. Doble venta. Aplicación del artículo 1.473 del Código civil.**— (...) el artículo 1.473 no es aplicable al caso conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial expresiva de que la tipificación de la doble venta, contemplada en dicho precepto, requiere para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta la primera no haya sido consumada todavía, pues de haberlo sido ya no se da el supuesto del art. 1.473, sino una venta de cosa ajena, con las consecuencias jurídicas propias de la misma (Ss. de 30 de junio de 1986 y 11 de abril de 1992, entre otras). Siendo así, resulta innecesario examinar si en el Sr. Cruz Conde concurría o no el requisito de la buena fe, en su sentido cognoscitivo, establecido en el artículo 1.473-1.º, sino que ha de concluirse afirmando que la compraventa formalizada en el documento privado, sin perjuicio de su validez en el ámbito estrictamente obligacional, carecía de eficacia como título traslativo del dominio por falta del poder de disposición en la vendedora sobre el objeto del contrato, y, por ende, había de prosperar la acción reivindicatoria ejercitada por el Ayuntamiento de Montilla. (STS de 17 de noviembre de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— La entidad «Montialbero, S.A.» vendió por documento privado de fecha 12 de diciembre de 1985 al Sr. Cruz una finca que contaba entre sus accesorios con las cinco botas denominadas reales, objeto del presente litigio, que también fueron vendidas al Ayuntamiento de Montilla por documento que se elevó a escritura pública el día 24 de noviembre de 1986.

El Excmo. Ayuntamiento de Montilla promovió contra la referida sociedad y contra el Sr. Cruz sendas acciones de cumplimiento del contrato y de reivindicación. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia favorable a la adquisición de las botas reales por el Ayuntamiento, condenando al demandado a entregarlas y ponerlas en su poder y posesión. La Audiencia Provincial de Córdoba desestimó el

recurso de apelación. El Tribunal Supremo desestimó la totalidad de los motivos del recurso de casación. (A.R.M.)

**13. Compraventa de inmuebles: Resolución por incumplimiento: Art. 1.504 C.C.**— Para la viabilidad del art. 1.504 C.c. no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria y no motivada por justa causa que la origine, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó; matizando así la jurisprudencia actual la doctrina mantenida con anterioridad en orden a exigir que se acreditara de manera indubitada la voluntad deliberadamente rebelde del comprador a dar cumplimiento de lo convenido; por tanto, no puede ya, en puridad, hablarse de «voluntad deliberadamente rebelde» a los fines del art. 1.504 C.c., pues según la moderna jurisprudencia es afirmación sólo identificable con los supuestos de impago doloso, lo que dificultaría, como ha dificultado, en otros tiempos, la aplicación del citado precepto, «cuando en verdad era aconsejable resolver a instancias del vendedor los contratos en los que concurre el impago prolongado, duradero, injustificado o que frustre el fin económico del contrato y las legítimas aspiraciones del vendedor» (ss. de 12 de mayo de 1988, 2 de junio, 3 de octubre y 20 diciembre de 1989, 24 de febrero y 21 de julio de 1990 y 11 de marzo de 1991); no son razones justificativas que impidan la resolución la circunstancia de haberse pagado buena parte del precio, si lo dejado de pagar es una cantidad sustancial y significativa, como ocurre en el caso presente y no un mero remanente nimio e insignificante (s. 3 de enero de 1991), ni, en principio, tampoco las circunstancias sobrevenidas, con posterioridad al requerimiento, que modifiquen la situación jurídica del inmueble (STS de 2 de abril de 1993; ha lugar).

NOTA.— Se trata de un contrato de compraventa cuyo cumplimiento se dilata a lo largo de once años, quedando pendiente de pago casi una cuarta parte del total del precio más los intereses, habiéndose realizado el requerimiento resolutorio el 5 de julio de 1985. Aunque en primera instancia se había estimado la demanda interpuesta por el vendedor, en apelación se estimó el recurso del comprador. La s. extractada accede a la resolución *ex* art. 1.504 siendo importante por ratificar la nueva interpretación del art. mencionado que, con ciertas dificultades, se va abriendo paso en la «jurisprudencia menor». La «voluntad rebelde al cumplimiento» pudo ser una frase brillante, casi un *slogan*, pero debe ser revisada ante la variedad de situaciones que ofrece el tráfico; junto a conductas dolosas hay compradores que adoptan posturas negligentes, no siempre definidas con claridad, pero que al ser examinadas globalmente, aconsejan la resolución por prolongarse en el tiempo la actitud de impago; como en el caso de autos. Cambio de criterio jurisprudencial que debe aplaudirse. (G.G.C.)

**14. Innecesariedad de litisconsorcio pasivo entre vendedor y fabricante en la acción por responsabilidad derivada de daños causados al comprador.**— En el caso de daños causados al comprador por el mal funcionamiento de un aparato, el litigio surge exclusivamente entre la parte receptora del aparato suministrado y la casa suministradora o vendedora, en cuya esfera contractual han de repercutir y ventilarse los efectos acontecidos por el



uso del mismo a causa del mal funcionamiento. El que las causas determinantes del siniestro pudieran atribuirse a un deficiente proceso de fabricación del aparato, abriría al vendedor la posibilidad de repercutir en el fabricante dichos efectos a través del ejercicio de otra acción, mas no propiciaría la apreciación de un litisconsorcio pasivo necesario entre fabricante y vendedor.

**Aplicación de las reglas del comodato a la situación de interinidad que se produce en la venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida.**— En la venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida, que se presume hecha bajo condición suspensiva (art. 1.453 C.<sup>o</sup> civil), el comprador debe manifestar su voluntad en un sentido o en otro como circunstancia necesaria para la efectividad del contrato. Perdiéndose la cosa en el entretanto, y ocurriendo este evento estando la cosa en poder del presunto comprador, dicha situación debe ser resuelta por vía de aplicación de las normas del comodato (art. 1.743 y ss. C.o civil) debiendo el comprador satisfacer al vendedor el precio convenido de la cosa vendida.

**Términos de apreciación del litisconsorcio pasivo necesario.**— El litisconsorcio pasivo necesario es una figura de construcción eminentemente jurisprudencial regida por el designio de procurar que el litigio se ventile con todos aquellos que, por estar vinculados con la relación jurídico material objeto del pleito, puedan resultar afectados por la sentencia, todo ello en íntima dependencia con la búsqueda de la veracidad de la cosa juzgada.

No se produce tal comunidad de relación jurídica cuando los no llamados a la litis se hallan vinculados por contratos diferentes a los de los intervinientes en ella, y cuando nada les impide ejercitar en su defensa las acciones que crean convenientes basadas en causas de pedir inconfundibles y sin que les obste excepción alguna de cosa juzgada. (STS de 20 de abril de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— El comprador de un aparato industrial había sufrido daños como consecuencia de un siniestro (incendio) que había tenido su origen en el mal funcionamiento del aparato suministrado. Desestimada en primera instancia su demanda contra la parte vendedora por apreciarse falta de litisconsorcio pasivo necesario, en apelación logra la condena del vendedor al abono de una indemnización, fallo que se ve confirmado por la decisión del Alto Tribunal. (R.S.A.)

**15. El artículo 62 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (artículo 45 Texto Refundido 1992) no es aplicable a las subastas judiciales.**— El T.S. entiende que la expresión «el que enajenare» contenida en este precepto («el que enajenare terrenos no susceptibles de edificación, o edificios o industrias fuera de ordenación, deberá hacer constar expresamente estas situaciones en el correspondiente título de enajenación»), no es aplicable a las subastas judiciales. (STS de 24 de marzo de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— Demanda de juicio de menor cuantía interpuesta por Don M.L.C. contra «Banco de Vizcaya S.A», «Banco Español de Crédito, S.A», «Caja de Ahorros de Valencia», «Caja Postal de Ahorros», «Banco Hispano Americano», y contra don José, don Francisco y don Vittorio J.S., propietarios de los bienes subastados.

En la demanda se solicitaba se declarase la nulidad de la subasta por no concurrir los requisitos del artículo 1.261 C.c., al haber padecido error de licitar sobre un bien que no podía cumplir su fin propio (no era edificable). Subsidiariamente, se instaba la resolución al amparo del art 62 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

Se desestima la demanda en Primera Instancia. Se estima parcialmente el recurso de apelación. Las entidades demandadas interponen recurso de casación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (N.M.I.)

**16. Contrato de obra: Responsabilidad del contratista por lesiones causadas al desprenderse un trozo de fachada: Carácter principal de la responsabilidad.**— Además de la responsabilidad de la Comunidad de Propietarios *ex art.* 1.907 C.c., y de sus entidades aseguradoras, que aquí no se cuestiona, también existe responsabilidad para el constructor cuando el daño producido resultase por defecto de la construcción, y se ejercitase la acción dentro del tiempo legal, conforme establece el art. 1.909 C.c.; requisitos que concurren en el presente caso pues los vicios ruinógenos, por defectuosa construcción de la fachada, se produjeron dentro del plazo de garantía que establece el art. 1.591 C.c. y la acción ha sido ejercitada antes de producirse la prescripción de la misma —los hechos ocurrieron el 15-IV-1987 y la demanda se presentó el 15-IV-88— responsabilidad que es directa y principal.

**Solidaridad.**— Es doctrina reiterada que en los supuestos de culpa extracontractual, en el caso de haberse producido el evento dañoso indemnizable por la acción u omisión de diversas personas, y no siendo posible la individualización o cuantificación de las referidas actuaciones, surge entre los intervinientes la figura de la solidaridad, sin que pueda cuantificarse la responsabilidad, y mucho menos al haber sido condenado erróneamente como responsable subsidiario en fallo que, al haber sido consentido, debe mantenerse.

**Codemandado absuelto.**— Un demandado que ha sido condenado carece de legitimación para pretender que se condene también a otro u otros de sus codemandados, a quienes absuelve la sentencia recurrida, y cuyo pronunciamiento absolutorio ha sido consentido por los únicos legitimados para impugnarlo.

**Recurso de apelación: Principios que lo rigen: «Tantum devolutum quantum appellatum»: «Reformatio in peius».**— El recurso de apelación, en cuanto ordinario que es, transfiere plena jurisdicción al órgano superior para volver a conocer del asunto planteado y debatido en primera instancia con las siguientes limitaciones: 1.<sup>a</sup>) El pronunciamiento de primera instancia que haya sido consentido por la parte a quien perjudique (única legitimada para recurrirlo), al deber ser tenido por firme y con autoridad de cosa juzgada, no puede volver a ser considerado y resuelto por la sentencia de apelación (*tantum devolutum quantum appellatum*), y si el Tribunal de apelación por propia iniciativa vuelve a pronunciarse sobre el mismo, la sentencia será incongruente y desconocerá la autoridad de la cosa juzgada formal; 2.<sup>a</sup>) Con relación a un pronunciamiento apelado, y respecto del cual la otra parte no se haya adherido a la apelación, el Tribunal de la alzada no puede hacer un pronunciamiento que, para el apelante, sea más gravoso y perjudicial que ya lo era el recurrido, al impedirsele el principio prohibitivo de la *reformatio in*

*peius*, que veda a dicho Tribunal hacer pronunciamiento que grave la situación que para el apelante resulta de la sentencia de primera instancia; de todo ello resulta que, por extraño que parezca al Tribunal de apelación y a esta Sala, el constructor condenado como responsable subsidiario, al ser único apelante, no puede ser condenado como responsable principal, y en este punto ha de estimarse el recurso (STS de 21 de abril de 1993; ha lugar).

NOTA.— Cabría decir en este caso *dura lex sed lex*, pues por extraña que resulte la declaración de responsabilidad subsidiaria del constructor del edificio en situación de ruina parcial, la legislación procesal debe respetarse ya que su acatamiento entra en el concepto del derecho constitucional a la tutela efectiva. El suceso que motiva el recurso es frecuente: desprendimiento de un trozo de fachada dentro del período de garantía con resultado de lesiones importantes a una menor; sus padres acumulan las reclamaciones contra todos los posibles responsables -cosa también frecuente, y hasta aconsejable en sede de postulación-, de modo que se demanda conjuntamente a la Comunidad de Propiedad, al constructor, al Ayuntamiento y a las correspondientes entidades aseguradoras. El Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia estima la demanda, reduciendo la cuantía solicitada de treinta a dieciocho millones de pts. aunque comete la incorrección de declarar subsidiaria la responsabilidad del constructor. Conformes los actores con el fallo —solicitan incluso la ejecución provisional—, en apelación se absuelve al Ayuntamiento y se empeora la situación del constructor condenándolo -como debió hacerlo el Juzgado, pero sin términos procesales para efectuarlo- como responsable principal al pago de la indemnización concedida. El recurso del constructor es estimado, aunque la Sala expresa también su sorpresa ante el resultado sustantivo que se produce.

La sentencia, de la que ha sido Ponente MORALES MORALES, tiene una evidente finalidad pedagógica para el Tribunal inferior y su FD 2.<sup>o</sup> es una lección de doctrina procesal, que no resulta inoportuna. Caben también algunas anotaciones marginales. No hay datos para conocer el fundamento de la declaración de responsabilidad de la Comunidad de propietarios, pero no cabe duda que sigue sin aclararse debidamente las relaciones entre el art. 1.591 y los arts. 1.907 y 1.909, que hace tiempo sostuvo eran claves para desvelar la auténtica naturaleza de la responsabilidad *ex art. 1.591* (probablemente SALOM ANTEQUERA, *La responsabilidad aquiliana de los propietarios de edificios y de los arquitectos y constructores según el C.c. español* (Discurso de apertura de la Univ. de Valencia, 1940) fue el primero que llamó la atención sobre su relación, aunque no acertó a deslindar su campo de actuación respectivo, como puse de relieve en *La responsabilidad por ruina de los edificios ex art. 1.591 C.c.*, ADC, 1963, p.1096; últimamente, DE ANGEL YAGÜEZ, Comentario al art. 1.907 C.c. en *Com. Min. Justicia*, II, p. 2044 s.). Curiosamente la s. extractada parece adscribirse a la naturaleza extracontractual de la acción. (G.G.C.)

**17. Distinción entre mandato y arrendamiento de servicios.**— La expresión «prestar algún servicio» contenida en el artículo 1.709 del Cc. es tan

vaga e imprecisa que ha originado fuertes discusiones doctrinales y prácticas respecto a la distinción entre mandato y arrendamiento de servicios, de tal manera que, aunque el mandato se encuadre entre los contratos de trabajo por unos, y entre los de gestión y cooperación por otros, los criterios de representación, gratuidad, dependencia o subordinación al *dominus* y sustituibilidad no tienen virtualidad suficiente diferenciadora para poder ser aplicables en todos los casos y habrá de examinarse el negocio de que se trate en cada supuesto concreto, con la vista puesta siempre en que la regulación legal del mandato se refiere siempre a actos o negocios jurídicos a realizar por el mandatario. Las SS. de 14 de marzo de 1986 y 25 de marzo de 1988 se centran en el criterio de distinción de la sustituibilidad o insustituibilidad en el hacer, de tal manera que habrá mandato en el primer caso y arrendamiento de servicios en el segundo (...). Ha de investigarse la intención de los contratantes, que han combinado los dos tipos de contrato: arrendamiento de servicios en la actuación del Dr. Harquindey y mandato en el resto, de mayor importancia y transcendencia, por lo que si se aplica la doctrina de la absorción y la preponderancia del mandato, es indudable el acierto del fallo recurrido al ordenar la rendición de cuentas, llegándose a igual resultado con la teoría de la combinación, que obliga a tener en cuenta tanto el fin pretendido al contratar, como la buena fe. (STS de 27 de noviembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Don J.L.C.G. (demandante-apelante) entregó en su día a la parte demandada, «Clínica Bostón, S.A.», una cantidad de dinero en concepto de los servicios prestados por la misma para su intervención quirúrgica en un Hospital de Houston.

El tema litigioso se centró por las partes y los órganos jurisdiccionales de instancia en determinar si el negocio jurídico celebrado era un mandato, y por tanto la cantidad fue entregada como provisión de fondos, teniendo derecho el demandante a solicitar del demandado rendición de cuentas y devolución de las cantidades no justificadas (tesis de la actora y de la Audiencia Provincial de Madrid), o un arrendamiento de servicios, con un precio cierto y cerrado (tesis de la demandada, sostenida por el Juzgado de Primera Instancia). El Tribunal Supremo no dió lugar a la casación. (A.R.M.)

**18. Actos propios. Alcance y significado del principio.**— Indudablemente, entre los principios generales del derecho a que se refiere el artículo 1.4 del Código civil, se encuentra el concerniente a que «nadie puede ir en contra de sus propios actos», debiendo entenderse por tales, «aquellos que, por su carácter transcendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho».

**Derecho de retracto arrendaticio. Dación en pago.**— Confirmando doctrina contenida en la S.T.S. de 6 de febrero de 1991, el tránsito de titular de acciones de una sociedad a propietario de bienes (antes del patrimonio social) consecuencia de la disolución de una entidad bancaria, ni es compraventa ni dación en pago, ya se analice la disolución de sociedad desde el campo de los derechos civil y mercantil, incluso, fiscal; no cabe extender el derecho de retracto a supuesto no contemplado en la norma que lo establece, y carece de efecto en tal sentido toda notificación efectuada al arrendatario.

pues ella misma no puede generar la creación de un derecho de retracto arrendaticio. (S.T.S. de 14 de abril de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Disuelto el Banco G. N., S.A., se adjudican todos sus bienes, derechos y obligaciones en bloque al único accionista, Banco E.C., S.A., en pago y por cancelación de sus acciones y créditos, advirtiendo en la escritura notarial que en algunas de las fincas adjudicadas existía un contrato de arrendamiento. Notificado el arrendatario por conducto notarial, de la adquisición de los locales objeto del contrato de arrendamiento y del valor satisfecho por ellos, a los efectos del derecho de retracto, y tras manifestar su voluntad de ejercitar dicho derecho por carta remitida notarialmente, sin recibir contestación alguna por parte de la Entidad Bancaria que resultó adjudicataria, se formula demanda suplicando se declare su derecho al retracto de las fincas adquiridas por el demandado y se condene a éste a otorgar escritura de transmisión de la propiedad de dichas fincas a favor del actor, arrendatario, previo pago del precio correspondiente y demás reembolsos legítimos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó desestimando la pretensión. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (R.D.R.).

**19. Contrato de arrendamiento de local de negocio posterior al decreto-ley Boyer: Duración: Interpretación de la voluntad de las partes: Interpretación sistemática: Art. 1.285 C.C.**— La jurisprudencia de esta Sala ha declarado con reiteración que el art. 1.285 C.c. tiene un indiscutible valor, ya que la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula o en varias aisladas de las demás, sino en el todo orgánico que lo constituye; en el caso litigioso, la interpretación sistemática conduce a la conclusión de que la intención de las partes contratantes fue la de someter el mismo al sistema de prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario.

**Contrato concertado entre personas jurídicas: Momento de perfección: El acuerdo estatutario como acto preparatorio.**— Los acuerdos adoptados por una persona jurídica en orden a la celebración de un futuro contrato, sujetos a las normas estatutarias en cuanto a su ejecución y revocables con arreglo a las mismas, no pueden tener otra consideración que la de actos preparatorios del contrato (STS de 20 de abril de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— Los hechos significativos que la s. considera decisivos para llegar a la interpretación favorable a la prórroga forzosa son: la cláusula de estabilización pactada, según la cual la renta se revisará anualmente, la estipulación según la cual el local arrendado se dedicará única y exclusivamente a oficinas de la arrendataria, la forma pactada para el pago de la renta, por semestres anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes de julio y enero de cada año, la previsión respecto a la repercusión de la Contribución Territorial Urbana, o los impuestos que la sustituyan; todo ello —afirma el FD 3.<sup>o</sup>— sólo cobra sentido en un contrato arrendaticio de duración indefinida.

No parece que, después de la entrada en vigor de la LAU 1994, pueda mantenerse esta interpretación, ni, por supuesto, para los contratos posteriores a su vigencia, ni, muy probablemente, para los anteriores, aunque posteriores al Decreto-Ley Boyer. Según la Disp. Transitoria 1.<sup>a</sup> 2, para los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrado a partir del 9 de mayo de 1985, en el caso de tática reconducción, el arrendamiento renovado se regirá por las normas de la presente Ley relativas a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda. (G.G.C.)

**20. Arrendamiento de local de negocio. Resolución. Consideración de la instalación y explotación de máquinas recreativas por un tercero como contrato de subarriendo, o como simple actividad complementaria de atracción de clientela.**— Ambas posturas han sido objeto de sendas resoluciones de este Tribunal en muy reciente fecha —21 de febrero y 10 de octubre de 1991—, dando lugar a soluciones en desacuerdo. Pero una completa y reposada lectura de su contenido, prontamente pone de manifiesto que la contradicción es mas aparente que real, ya que si la primera sentencia rechazó, «en dispensa de una justicia razonable», la conclusión de subarriendo, no obstante el hecho acreditado de haberse «instalado en el local una máquina tragaperras...», al margen de reconocer que la propiedad o los beneficios derivados (de su explotación) puedan ser de otra tercera persona distinta del arrendatario», la opuesta conclusión, sentada en la de 10 de octubre de 1991, se hace con base en el desplazamiento (no apreciado en la anterior) que la actividad negocial que se venía desempeñando en el local, a tal fin arrendado, ha sufrido por consecuencia de la instalación en un espacio de no más de cien metros cuadrados y renta de setenta mil pesetas, de cinco máquinas tragaperras cuyo «rendimiento (se afirma) superará con creces los límites que permiten calificar su presencia como elemento auxiliar o complementario». De tal modo que el criterio decisivo para reputar la conducta enjuiciada de subarriendo, aparte los casos en que la posesión del local, esencial en el contrato arrendaticio, hubiese quedado, por consecuencia de la nueva relación, total o parcialmente sustraída al arrendatario o compartida con el tercero propietario de las máquinas, o condicionada por la nueva instalación o manejo de las mismas, ha de buscarse en la entidad económica que se ofrezca o resulte de la instalación de tales mecanismos, cuya presencia no puede, sin incidir en cesión o subarriendo, desplazar o alterar en su detrimento sensiblemente la propia del arrendatario en el local. (STS de 31 de octubre de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— El arrendador formuló demanda de juicio incidental de la Ley de Arrendamientos Urbanos sobre resolución de contrato de arrendamiento urbano, al amparo del artículo 114 de aquella Ley, por haber permitido el arrendatario, contraviniendo lo convenido y la legalidad, la instalación y explotación, por cuenta de tercero, de dos máquinas recreativas con premio, tipo B. El Juez de primera instancia estimó la demanda, resolviendo el contrato de arrendamiento por considerar que la instalación de tales máquinas, autorizada por el arrendatario, constituye un contrato de subarriendo de local de negocio, por el que, sin consentimiento del arrendador, se cede a un tercero el disfrute y utilización de parte del local mediante precio, con el consiguiente efecto resolutorio de la relación arrendaticia. La Audiencia Provincial

revoque la sentencia de primera instancia al estimar que, interpretadas las normas bajo la realidad social del tiempo (art. 3 del C.c.) que pone de relieve la proliferación de aparatos de la más diversa especie en establecimientos dedicados a hostelería, bares, etc., la presencia de tales máquinas constituye simplemente una actividad complementaria de atracción de clientela que no supone modificación alguna del negocio de bar que se desarrolla en el local. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (P.-J. F.L.)

**21. Arrendamiento de industria: Extinción: Derecho a la tutela efectiva: Doctrina general.**— El derecho a la tutela efectiva no puede ser base para convalidar situaciones que el juzgador establece desprovistas de amparo legal, ya que ese derecho tan fundamental se obtiene, incluso, cuando se deniega o rechaza lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurre la causa legal correspondiente, y entender lo contrario sería desconocer el principio de la seguridad jurídica y terminar con institutos tan esenciales como los relativos a la litispendencia y a la cosa juzgada e, incluso, quedaría menoscabado todo el ámbito de los recursos.

**Cosa juzgada en juicios de desahucio.**— En razón a la naturaleza especial y sumaria que caracteriza al juicio de desahucio, el mismo no puede producir, en principio, efecto de cosa juzgada, y así ha venido manteniéndose reiteradamente en la jurisprudencia emanda de esta Sala; pero no es menos cierto que es doctrina consolidada la admisión de la mentada excepción cuando la cuestión litigiosa viene a coincidir con la que ya fue objeto de discusión y resolución en un juicio previo de desahucio, doctrina recogida en ss. de 14 de noviembre de 1988 y 28 de febrero de 1991 (con alusión a otras anteriores), llegándose a declarar en la última que se encuentran protegidas por la cosa juzgada tanto las cuestiones expresamente resueltas, como aquellas otras implícitamente comprendidas en el *thema decidendi*, habiéndose declarado por ss. de 23 de julio y 11 de octubre de 1990 que la cosa juzgada producida en juicio de desahucio puede impugnarse únicamente por medio de los recursos de revisión y de audiencia en rebeldía, pero no en juicio declarativo ordinario.

**Cosa juzgada: Requisitos: Falta de identidad de las personas.**— La eficacia vinculante de la cosa juzgada material exige la concurrencia de las tres identidades de personas, cosas y causa o razón de pedir, y en el presete caso, el juicio comparativo entre las pretensiones hechas valer en ambos procesos, conduce a apreciar las dos últimas identidades, pero no sucede lo mismo con los elementos personales, dado que en anterior juicio de desahucio la relación jurídico-procesal no se constituyó ni con el arrendador, ni con la sociedad de responsabilidad limitada constituida para la explotación del negocio.

**Relación entre desahucio de arrendamiento de empresa por expiración de plazo y sentencia estimatoria en juicio interdictal.**— Las sentencias interdictales estimatorias contienen la fórmula de «sin perjuicio de tercero» y reservan a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o posesión definitiva; la posesión concedida en ejecución de sentencia en el juicio interdictal no podía revitalizar el contrato de arrendamiento que ya se había extinguido, por lo que procede desestimar la demanda en que se pretende la declaración de su subsistencia (STS de 27 de noviembre de 1992; ha lugar).

NOTA.— Se estima el recurso interpuesto por el actor, si bien se desestima su demanda con base en una distinta fundamentación jurídica. El INSALUD de determinada capital de provincia acuerda ceder en arrendamiento la explotación de los servicios de Bar, Cafetería con Restaurante y Autoservicio al ahora recurrente, con fecha 5 de mayo de 1981, por plazo de un año, prorrogable tácitamente, salvo denuncia de cualquiera de las partes, con preaviso de tres meses; en octubre de 1981 el arrendatario solicita declaración de suspensión de pagos, de la que desiste en 1984; con la antelación pactada se notifica al arrendatario la extinción del contrato al vencer el primer año de funcionamiento, en cuyo momento el arrendatario fue privado de la posesión de las instalaciones arrendadas, que fueron adjudicadas a una nueva arrendataria; el arrendatario saliente logró la reposición posesoria en juicio interdictal; a partir de 6 de noviembre de 1985, la nueva arrendataria recobró la posesión de la controvertida explotación. El primitivo arrendatario ejercita una acción encaminada a la renovación del contrato de 1981, con base en la reposición que logró en el interdicto de recuperar la posesión, demanda rechazada en ambas instancias al aceptarse la excepción de cosa juzgada. El TS declara mal acogida esta excepción, aunque recuerda los supuestos en que resulta admisible, y entrando en el fondo, resuelve definitivamente el tema y declara, con plena eficacia de *res iudicata* que lo extinguido, bien extinguido está, y no puede revivir por vías indirectas y hasta tortuosas. La solución es plenamente de aprobar. (G.G.C.)

**22. Donación de bienes inmuebles. Forma.**— El artículo 633 del Código civil es de aplicación preferente sobre las disposiciones generales de los contratos, hasta el punto de haberse mantenido que no constituye donación la mera declaración unilateral de voluntad acerca de bienes inmuebles que requiere escritura pública, siendo una excepción a la teoría general que atribuye eficacia al consentimiento en cualquier forma expresado (Sentencias de 9 de julio de 1984, 15 de octubre de 1985 y 14 de mayo de 1987), y en la misma línea está la sentencia de 27 de septiembre de 1989, al establecer que el principio espiritualista o de libertad de forma que, como regla general, inspira el sistema de la contratación civil (artículos 1.255 y 1.278 del Código civil) tiene algunas excepciones, integradas por los llamados contratos solemnes, en los que la ley exige una forma determinada, no para su simple acreditamiento, sino para su existencia y perfección («*ad solemnitatem*», «*ad substantiam*», «*ad constitutionem*»). Una de las expresadas excepciones es, precisamente, la concerniente a la donación de inmuebles, como expresa y categóricamente proclama el artículo 633 del Código, doctrina que es recogida en la de 24 de septiembre de 1991.

**Resolución recaída en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.**— La interpretación jurisprudencial relacionada conduce, inevitablemente, a considerar que la resolución recaída en el procedimiento del artículo 131 no puede equipararse, ni suplir, a la escritura pública exigida en el artículo 633 para tener por válida y eficaz a la donación de bienes inmuebles, en cuanto que el alcance y significación de esa resolución agota su virtualidad en los efectos a que se hizo referencia, pero sin que, en ningún caso, pueda concedérsele valor de elemento constitutivo de la escritura que requiere el artículo 633, por consiguiente, el remate y su cesión verificados en el



caso de autos carecieron de operancia y efectividad en orden a transmitir, por vía de donación, los inmuebles a que afectaba, lo que conduce, a su vez, a estimar como infringido, por inaplicación, el tan repetido artículo 633, y a considerar la inexistencia de donación a los efectos procedentes (STS de 26 de mayo de 1992; ha lugar).

NOTA.— La cuestión litigiosa queda centrada en la determinación de la verdadera naturaleza jurídica del acto o negocio jurídico en virtud del cual adquieren el dominio del local arrendado los hermanos demandados, esto es, si se trata de un negocio jurídico oneroso o es un negocio gratuito y de completa liberalidad, y, aún más concretamente, el tema, realmente único, a resolver en el recurso de casación, es el de ineficacia de la donación por no recogerse en escritura pública, dada la índole inmobiliaria del local arrendaticio. (A.C.S.).

**23. Daños causados por fuga de agua del piso superior: Art. 1.910 C.C.**— El caso objeto de *litis* tiene una incardinación o subsunción normativa en el art. 1.910 C.c., cuyo precepto, ofreciendo una clara muestra de la denominada responsabilidad objetiva o por riesgo, y refiriéndose exclusivamente al que llama «cabeza de familia» —con el que quiere denominar al que por cualquier título habita una vivienda, como personaje principal de la misma, en unión de las personas que con él conviven, formando un grupo familiar o de otra índole—, responsabiliza a dicho «principal» o «cabeza de familia» de los daños causados «por las cosas que se arrojaran o cayeren de la misma», dentro de cuya expresión, al no tener la misma carácter de *numerus clausus* (s. de 12 de abril de 1984), han de incluirse tanto las cosas sólidas, como los líquidos que, de una forma u otra, caigan de la expresada vivienda y causen daños a tercero en su persona o en sus cosas.

**Responsabilidad del propietario de la vivienda.**— El propietario que arrienda la vivienda, no la habita y, por tanto, no se le podrá exigir responsabilidad *ex art.* 1.910 C.c.; si podría exigírsela con base en el genérico art. 1.902 en el supuesto de que, habiendo sido la causa determinante del daño el mal estado de las instalaciones, el propietario-arrendador, conociendo dicha circunstancia, hubiera dejado de cumplir la obligación que le incumbe de repararlas; pero en el presente caso aparece probado que el arrendatario no comunicó la existencia de ninguna avería en la conducción de agua, causante de la fuga, avería que incluso era desconocida para él por ocurrir durante las horas de la noche; no es legal ni racionalmente exigible al propietario arrendador una constante supervisión de la vivienda arrendada, que ha de presumirse se encuentra en buen estado, cuando el arrendatario no le ha comunicado la necesidad de reparación alguna, como era su obligación conforme establece el art. 1.559 C.c.

**Seguro de daños: Subrogación del asegurador: Moderación del «quantum» por los Tribunales.**— En el presente caso la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el art. 43 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, al reconocer los derechos que corresponden a la entidad aseguradora, para subrogarse en la posición jurídica del asegurado frente a los responsables del siniestro; pero ello no impide que la Sala *a quo* haga uso —como lo ha hecho— de la facultad moderadora del art. 1.103 C.c., aplicable también a los supuestos de culpa extracontractual, constituyendo una facultad discrecional, exclusiva de la instancia, excediendo del ámbito propio de la casación, y cuya

aplicación esta Sala considera plenamente acertada teniendo en cuenta las muy particulares circunstancias concurrentes en el caso (hecho productor de los daños originado indudablemente de manera imprevisible, sin intervención alguna del arrendatario, ni de ninguna de las personas que con él convivían, y durante las horas nocturnas, en que no era normal poder advertir la producción del mismo para proceder a su evitación, lo que, de haber ocurrido a otras horas, habría sido sumamente fácil cerrando la llave general del agua. (STS de 20 de abril de 1993; no ha lugar).

NOTA.— Una fuga de agua motivada por la rotura del tubo exterior del bidet que enlaza con la tubería general, produce una inundación en el piso inferior con importantes desperfectos en el archivo de transparencias de cine, comics, dibujos, grabados, posters, revistas etc. que se valoran en más de doce millones de pts., suma que inicialmente paga la aseguradora del damnificado, y que éste reclama, por vía de subrogación al inquilino del piso superior, a los propietarios que lo son de todo el edificio, y a las respectivas compañías aseguradoras. Destacan dos aspectos: la reducción del *quantum* abonado efectivamente por la aseguradora, a la mitad de su importe, y la absolución de los propietarios. ¿No podía haberse invocado el art. 1907 —ruina funcional— que la doctrina interpreta en clave de responsabilidad cuasi-objetiva o por riesgo? *Vide* DE ANGEL YAGÜEZ, *Com. Min. Justicia*, II, p. 2044 s. (G.G.C.).

#### 4. DERECHOS REALES

**24. Falta de prueba respecto a la identificación material de la finca objeto de acción reivindicatoria.**— La identificación de la cosa, que constituye materia fáctica excluida por lo general del control casacional, debe hacerse de forma que no ofrezca dudas sobre cuál sea el bien que se reclama. En el caso de fincas inscritas en el Registro de la Propiedad la identificación implica probar que la finca reclamada coincide en la realidad con aquélla a la que se refieren los títulos, es decir, probar la correspondencia entre la realidad registral y extrarregistral. Ello, por supuesto a cargo de la parte actora (art. 1214 C.º Civil). Para llevar a cabo este juicio comparativo no es suficiente la aportación de unas titulaciones que datan de hace más de un siglo, pues las sucesivas transformaciones operadas impiden constatar la identidad de las antiguas descripciones de los inmuebles contenidas en aquéllas. (STS de 26 de noviembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— El recurrente en casación —que había obtenido sendos fallos desestimatorios de su pretensión tanto en primera instancia como en apelación— solicitaba que se declarase su titularidad dominical (con carácter prevalente sobre las inscripciones registrales que pudiese ostentar la parte demandada, respecto de las que solicitaba también la nulidad parcial) sobre un patio y una salida, los cuales, en virtud de una división practicada en el año 1868 sobre una finca mayor, de la que procedían tanto la finca del actor como la de la parte demandada, habrían quedado asignados a la primera y no a la segunda. (R.S.A.).

**25. Enclave de propiedad privada en zona marítimo-terrestre.**— El mandato constitucional, según el cual en todo caso la zona marítimo-terrestre es bien de dominio público estatal, exige una más rigurosa demostración del carácter privado de las fincas.

**Aplicación directa del artículo 132.2 de la Constitución.**— La eficacia inmediata del precepto contenido en el artículo 132.2 de la Constitución no justifica, sin más, la realización y aprobación administrativa del deslinde y señalamiento de la zona marítimo-terrestre, desconociendo la necesidad de promover acción reivindicatoria, declarativa de dominio o de nulidad de los títulos. En caso contrario, se atribuiría al deslinde un cometido y contenido que le desborda, en cuanto que éste supone una actividad delimitadora en el ámbito exclusivo de la Administración, sin pretensión de declaración de propiedad, ni de posesión. Además, se incidiría en violación del artículo 33.3 de la Constitución, dado que aunque la Constitución carezca de un reconocimiento explícito de los derechos adquiridos no es, en modo alguno, una Constitución confiscatoria (STS de 20 de enero de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Por Orden Ministerial de 30 de octubre de 1969 se practicó deslinde de la zona marítimo-terrestre de un determinado lugar. El deslinde afectó a una parte de los terrenos de los demandantes. En la demanda, interpuesta contra la Administración del Estado, se solicita que se declare nulo en cuanto les afecte el deslinde practicado, y que igualmente se declare que las fincas afectadas son de propiedad privada y exclusiva de los demandantes. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado.

**26. Régimen de Propiedad Horizontal. Elemento común. Desafección.**— Las cubiertas y patios de las edificaciones son elementos comunes pues así lo mencionan expresamente el art. 396 del Cc y el art 1.º de la Ley de Propiedad Horizontal. Es posible la desafección inicial o posterior de aquellas partes del edificio que no siendo por su estructura y destino esenciales, lo son por destino o accesoriedad como ocurre con los patios interiores, pero para que se produzca tal privación han de seguirse los mecanismos que se prevén en la propia Ley de Propiedad Horizontal (art. 16.1).

**Abuso de derecho.**— Para apreciar abuso del derecho, es necesario que se use del mismo con la intención de dañar o utilizando el derecho de un modo anormal o plenamente contrario a la convivencia ordenada; determinaciones que han de hacerse desde un punto de vista subjetivo como ausencia formal, seria y legítima del ejercicio del derecho, y desde un punto de vista objetivo cuando el excesivo ejercicio del derecho se haga perjudicial. (STS de 5 de abril de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— La Sociedad arrendataria de una nave demanda al arrendador y a la Comunidad de Propietarios del inmueble solicitando la reparación de las deficiencias de la cubierta del patio que constituye cerramiento de su nave. En 1.ª instancia se condena a la Sociedad arrendadora exclusivamente. En apelación se condena con exclusividad a la Comunidad de Propietarios, basándose en que la cubierta es

elemento común del inmueble. El TS en casación confirma el fallo del tribunal de apelación. (*P.P.B.*).

**27. Legitimación activa del comunero.**— Es doctrina reiterada por la jurisprudencia que la legitimación activa del comunero viene determinada por su fundamento en el derecho común ejercitado (acción en provecho común) y por el resultado provechoso pretendido. Y se entiende que la acción ejercitada ha de considerarse beneficiosa para todos los condueños, si se trata de poner fin a un arrendamiento de local de negocio (oficina), cuando el arrendatario mantiene o ha mantenido cerrado e inactivo dicho local durante el tiempo señalado por la ley.

**Cierre de local de negocio por el arrendatario. Concepto. Justa causa.**— El concepto de cierre, aclarado por la jurisprudencia, se concreta en el cese total y pleno de la actividad para la que fue arrendado el local.

El cierre del local por más de seis meses en el plazo de un año deja de producir su virtualidad denegatoria de la prórroga del contrato y la subsiguiente resolución del mismo (artículo 68.3 en relación con la causa 11 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) cuando dicho cierre obedezca a justa causa que demuestre, que el desempleo del local, además de tener un carácter temporal y transitorio, nunca permanente o definitivo, no es revelador de una falta voluntaria de dedicación o de necesidad del mismo, sino, por el contrario, que obedece a una causa ajena y superior a la voluntad del arrendatario, a quien, por tanto, no le es imputable (Sentencias de 14 de noviembre de 1960 y 13 de enero de 1961). Entre estas causas cabe admitir un necesario cambio de Organismo del Estado, que haya de tener su sede en el local litigioso y suponga la necesidad de realizar imprescindibles obras de acondicionamiento para prestar sus servicios. (*S.T.S. de 6 de abril de 1993*; ha lugar).

**HECHOS.**— Habiendo permanecido cerrado y sin actividad un local de negocio, arrendado a la Administración del Estado para ser destinado a oficina pública, durante un plazo superior a seis meses en el curso de un año, el actor, copropietario, en régimen de condominio ordinario, de dicha finca urbana, actuando en nombre propio y en beneficio de los demás copropietarios, arrendadores igualmente, formuló demanda contra el Estado. Dirección General del Patrimonio del Estado, suplicando se dicte sentencia por la que se declare resuelto el contrato de arrendamiento y se condene al demandado a dejar a la libre y entera disposición de la propiedad del citado piso en el plazo prevenido por la Ley.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, anulando la sentencia recurrida y manteniendo el fallo de Primera Instancia. (*R.D.R.*).

**28. Servidumbre de paso. Calificación como aparente y discontinua. La existencia de signo aparente de la misma se considera título de su adquisición. Protección registral.**— (...) Los hechos probados declaran que el signo externo de servidumbre existía cuando el dueño común de ambas fincas

las segregó, y quedó así el camino o senda de acceso cuando adquirió la actora la finca que ahora pretende libre de servidumbre.

A tenor del art. 539 del C.c. «las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título», y según el art. 540 «la falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme».

Es evidente que la servidumbre de autos es aparente y discontinua, puesto que presenta signos exteriores (art. 532, párrafo 5.º) y porque se usa a intervalos más o menos largos, y depende de actos del hombre (art. 532, 3.º). Y es evidente también que no existe título de los exigidos por los artículos que se citan como conculcados, pero su reconocimiento como servidumbre legalmente constituida se produce en virtud del artículo 541, puesto que establecido el signo entre las dos fincas por el propietario de ambas, la enajenación de una permite considerar que hay título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, pues nada en contrario dijeron los títulos de enajenación y no se hizo desaparecer el signo antes del otorgamiento de la escritura.

El conocimiento de la existencia de la servidumbre por el adquirente no permite la protección registral que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria proporciona a los adquirentes. (STS de 18 de noviembre de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— La empresa Bristol Myers S.A.E. (hoy «Juste S.A.») formuló demanda en la que ejercitaba acción negatoria de servidumbre de paso y, subsidiariamente, acción de modificación de itinerario a lugar donde resulte menos gravoso. Demanda que fue desestimada en segunda instancia por entender la Audiencia que existía el signo externo a que se refiere el art. 541 del C.c., y no se acreditaron los hechos determinantes del derecho a variar el recorrido. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (P.-J. F.L.).

**29. Conservación de signo aparente de servidumbre entre dos fincas como título para que la servidumbre continúe activa o pasivamente si se enajena una de las dos fincas (art. 541 C.c.).**— La extinción de servidumbre, cuando se enajena una de las fincas, sólo se produce si se expresa así en el título de enajenación o se hace desaparecer el signo aparente. La existencia de puertas de comunicación abiertas por el dueño común de ambas heredades, pueden considerarse signo aparente a los efectos del artículo 541 C.c.

**Requisitos para apreciar la renuncia de derechos.**— El T.S. alude a una jurisprudencia constante que exige que «la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho...ha de ser además de personal, clara, terminante, inequívoca, sin condicionante alguno...» (STS de 1 de abril de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Demanda de juicio de menor cuantía interpuesta por el comprador de una finca D. J.A.F en ejercicio de acciones declarativas de dominio, reivindicatoria de propiedad y negatoria de servidumbre, contra los vendedores, hermanos G.A. y Bodegas y Destilerías García S.A.

En Primera Instancia se estima parcialmente la demanda declarándose la extinción de la servidumbre de luces y vistas, pero la permanencia de la servidumbre de paso al mantenerse los signos aparentes de la misma. Esta sentencia es confirmada en todos sus extremos por la Audiencia Provincial de Zaragoza. El actor interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (N.M.I.).

**30. Acción de desahucio por precario. En juicio declarativo puede resolverse la cuestión de la existencia o no del precario. La acción no prosperará cuando medie alguna relación que justifique la posesión.**— Si bien es verdad que en los procedimientos de desahucio por precario no pueden estudiarse todas las alegaciones que, por implicar complejidad en las relaciones entre las partes, trascienden del carácter sumario que caracteriza a tal procedimiento, alegaciones que deben ser practicadas en un juicio declarativo, en cambio éste resulta siempre ser el vehículo apto para resolver las contiendas, revistan o no complejidad, en las que se alegue la existencia de un precario. Pero para que pudiera prosperar la acción de desahucio por precario, sería necesario que entre las partes no mediase relación alguna que justificase la posesión de la finca por los demandados recurrentes, lo que no sucede, toda vez que los demandados, comuneros de Don M.N.C. en otras propiedades, entraron en la ocupación y explotación de la finca, bien en arrendamiento o por otro ignorado contrato, desde el año 1967.

**Confesión extrajudicial. Es un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales.**— Si bien es cierto que la confesión judicial hace prueba contra su autor, también lo es que, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.239 de la L.E.C., la confesión extrajudicial se considera como un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales según las reglas establecidas sobre la prueba, es decir, conforme al criterio de la libre valoración de la misma. (STS de 4 de diciembre de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— Don M.N.C. compró la finca rústica denominada «Santa Ana» a su anterior propietario, en documento privado de 9 de julio de 1962, en su propio nombre y para su exclusiva propiedad, y como es usual, con la facultad de designar a la tercera persona a cuyo nombre había de otorgarse en su momento la oportuna escritura pública de compraventa, acordando también, que, desde esa fecha, ocuparían la finca los sobrinos de Don M.N.C. —comuneros en otras propiedades de éste—, bien en arrendamiento o por otro ignorado contrato. Ante la imposibilidad de cumplir los estipulado, Don M.N.C. renuncio al derecho por el adquirido, autorizando la venta de la finca a favor de Doña O.G.C., otorgándose escritura de compraventa en 28 de marzo de 1967, y siendo el vendedor, titular registral de la finca, el que también inscribió su compra. Doña O.G.C. mantiene el acuerdo sobre la ocupación de la finca, y en fecha 23 de abril de 1973, otorga escritura pública de compraventa a favor de otro comprador, quien igualmente inscribió tal adquisición. Los ocupantes actuales de la finca (sobrinos de Don M.N.C.) promovieron demanda sobre acción reivindicatoria, pretendiendo la nulidad de las escrituras de compra-venta, y, por tanto, de la inscripción que provocaron ambos títulos. Los demandados formularon reconvencción, en la cual incluían

acción de desahucio por precario contra los actores. El Juzgado de Primera instancia desestima la demanda, estimando en parte la reconvencción. La Audiencia confirma dicho pronunciamiento. El Tribunal Supremo desestima la casación. (P.-J. F.L.).

**31. Interpretación del artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento.**— El mencionado artículo prohíbe la constitución de hipotecas mobiliarias sobre bienes que estuvieran trabados anteriormente con embargo. El T.S. entiende que el momento en el que se determina si existe o no algún embargo precedente, que impida la constitución de la hipoteca mobiliaria, es el del otorgamiento de la escritura de hipoteca y no el posterior de inscripción de la misma.

**Prelación de los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad sobre los bienes anotados y sólo en cuanto a créditos posteriores.**— La falta de anotación de embargo impide, frente a la escritura de constitución de hipoteca mobiliaria de fecha anterior que ha sido inscrita, que dicho embargo goce de preferencia al amparo de los artículos 1.923.4 y 1.927.2 C.c. (STS de 29 de marzo de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— Demanda de Tercería de Mejor Derecho interpuesta por la recurrente en casación. «El Aguila Negra, S.A.», titular de hipoteca mobiliaria sobre bienes de «Dobly, S.A.», contra esta última sociedad y la entidad «El Nuberu, S.A.». En ella se solicita se declare su mejor derecho sobre los bienes embargados por la sociedad «El Nuberu» con preferencia sobre los derechos de esta última.

La escritura de constitución de la hipoteca es de fecha de 19 de enero de 1988 pero no fue inscrita hasta el día 1 de diciembre de 1988. El embargo fue trabado el 1 de junio de 1988 pero no fue inscrito.

La demanda fue desestimada en Primera Instancia y desestimado fue también el recurso de apelación ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Toledo. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (N.M.I.).

## 5. DERECHO DE FAMILIA

**32. Reclamación de filiación paterna no matrimonial. Investigación de la paternidad. Pruebas biológicas.**— El órgano «*a quo*» valora la negativa injustificada del demandado, ahora recurrente, a someterse a las pruebas biológicas que, en este caso, concurren con otras pruebas y fundamenta la filiación declarada en el hecho acreditado de que el recurrente tuvo acceso carnal con la madre del recurrido, en la prueba testifical practicada que acredita que el recurrido era tenido como del recurrente y, en la negativa real del mismo a someterse a las pruebas biológicas por diversas excusas sobre su estado de salud que, según manifestó el médico forense, nada impedían su realización. En este sentido, la sentencia afirma que «es claro que hay una deducción lógica en favor de la paternidad derivada de aquellos hechos y actuaciones, en otras palabras, existen esos «otros hechos de los que se infiere la filiación de modo análogo», como dice el art. 127 del Código civil».

**Carácter personalísimo de la negativa a someterse a las pruebas biológicas.**— Ante la alegación del recurrente de que lo dicho por su Procurador en su nombre no le puede vincular a él, amparándose en la cita parcial de la Sentencia de 24 de mayo de 1989 y en el carácter personalísimo que, a la declaración de no querer someterse a las pruebas biológicas, atribuye la citada Sentencia, la Sala declara que al ser única esa sentencia no constituye doctrina jurisprudencial. No obstante, el Tribunal entiende que, «aunque hipotéticamente se admitiesen las afirmaciones del recurrente, no hay duda de que se procuró personalmente buscar excusas para no acudir a las pruebas biológicas. lo que evidencia la actitud obstruccionista que ha mantenido durante todo el proceso. en que por unas pretendidas razones o por otras, jamás ha puesto de relieve que quiso que se manifieste biológicamente la verdad o falsedad de las imputaciones de paternidad que le atribuyó el recurrido. Existe, por tanto, una conducta personal contraria a la práctica de las pruebas, suficientemente reveladora de su actitud al respecto, en la línea con el escrito encabezado por su Procurador, no desautorizado por él en ningún momento». (STS de 18 de mayo de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— Don Vicente García López demanda a Don Justo Caniego López en solicitud de que se declare su filiación extramatrimonial respecto del mismo, con la consiguiente rectificación del asiento registral correspondiente. Fundamenta su solicitud el actor en la Sentencia de 19 de enero de 1956, dictada contra el demandado por la Audiencia Provincial de Cuenca, confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala segunda del 13 de noviembre de 1956.

En tal sentencia se declaraba probado que Don Justo Caniego López tuvo acceso carnal con Doña Prisciliana García López, madre del demandante.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia acogiendo la demanda siendo confirmada por la Audiencia. El demandado interpuso recurso de casación, siendo sucedido, tras su fallecimiento que tuvo lugar durante la tramitación del recurso, por su esposa Doña F.R.C. y por su hija Doña M.<sup>a</sup> C.R.P.

**NOTA.**— La referencia que el texto de la sentencia hace al art. 127 del Código civil, debe entenderse realizada al art. 135 del mismo cuerpo legal. (O.M.B.).

**33. Pareja de hecho. Inaplicabilidad del régimen de la sociedad de gananciales. Aplicación de las normas de la sociedad.**— Conocida es la doctrina de esta Sala (Sentencias, entre las más recientes, de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992). en el sentido de venir declarando la imposible aplicación a estas uniones *more uxorio* de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales, pues aun reconociéndose sin limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y la susceptibilidad de constituir, mediante estas uniones libres o de hecho, una familia perfectamente protegible por la ley, no por eso cabe equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución (*Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de noviembre de 1990*). De ahí que la doctrina jurisprudencia haya tenido que acudir en estos casos a los pactos expresos o tácitos existen-



tes entre los interesados, que patenten la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal; y estos pactos expresos, o los *facta concludentia*, deben inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión de hecho (STS de 18 de febrero de 1993; no ha lugar).

**34. Liquidación de la sociedad de gananciales. La aplicación del 1.406 - 2.º tiene como fundamento la unidad económica y de explotación del negocio.**— La preferencia ó privilegio que otorga el derecho potestativo del n.º 2 del artículo 1.406, según el cual cada cónyuge tiene derecho a que se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance «la explotación agrícola, comercial ó industrial que hubiera llevado con su trabajo» ha de basarse en «la conservación de la empresa como unidad económica». Así no cabe incluir en dicho apartado, los locales cerrados y en situación de semiahando en la fecha de la partición, en cuanto no integran «una unidad económica y de explotación del negocio».

**Carácter facultativo del artículo 1.601.**— La jurisprudencia atribuye al artículo 1.601 un carácter facultativo, más bien que imperativo (Sentencias de 8 de febrero de 1974, 25 de junio de 1977 y 21 de junio de 1986, entre otras) «ya que la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso, naturaleza, calidad y valor de los bienes, posibilidad de su división, etc... no pudiendo por consiguiente determinar de manera preceptiva la forma de división, aunque haya de observarse un régimen de posible igualdad».

**Error en la apreciación de la prueba.**— El motivo que denuncia error en la apreciación de la prueba, amparado procesalmente en el n.º 4 del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento Civil ha de ser desestimado cuando se cita como documento de apoyo el que constituye el objeto del pleito, examinado por la Sala de Instancia, sin citar ningún otro.

**Incongruencia.**— Según la doctrina establecida de modo general por el Tribunal Supremo, la incongruencia no se da en las sentencias absolutorias, por entenderse que se resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito. (STS de 28 de mayo de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— Como consecuencia de demanda de separación interpuesta por Doña R.I.A. contra su cónyuge Don J.E.A., se dictó por el juzgado de Guernica, sentencia de separación matrimonial, en la que se decretó la disolución de la sociedad legal de gananciales, cuya liquidación había de realizarse en ejecución de sentencia. Realizado el cuaderno particional por el contador-partidor, se procedió a la impugnación del mismo por Don J.E.A. alegando la infracción de lo dispuesto en los artículos 1.344, 1.404, 1.406 -2.º y 1.407 y concordantes de Código Civil, pretensión a la que se opuso la demandada R.I.A.. El juzgado estimó parcialmente la demanda y declaró sin efecto el cuaderno particional. La Sala 1.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, revocó la Sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. (I.H.M.).

**35. Tercería de dominio.**— Es doctrina reiterada de esta Sala la de que el objeto primordial de toda tercería de dominio es liberar del embargo bienes o derechos indebidamente trabados, excluyéndolos de la vía de apremio, por lo que la cuestión primera que debe quedar clarificada —antes incluso que la relativa a la titularidad del bien o derecho— es la atinente a determinar si el de-

mandante de tercería es propiamente tercero, es decir, no es deudor en la relación jurídica determinante del embargo.

**Atribución de un bien con carácter exclusivo a uno de los esposos.**— No se puede otorgar eficacia alguna a la reserva que, mediante escritura pública y con carácter exclusivo, se haga uno de los cónyuges respecto de un bien ganancial, puesto que la adjudicación del mismo a uno sólo de los cónyuges requiere la previa liquidación de la sociedad de gananciales. (STS de 13 de abril de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— La demandante de tercería de dominio pretendía que se cancelase el embargo trabado sobre un derecho de usufructo del que supuestamente era titular con carácter exclusivo, no obstante constar su titularidad ganancial en el Registro, y habiendo además dispuesto del mismo en una compraventa a tercero. El Alto Tribunal no hace sino confirmar la sentencia dictada en apelación —y antes en primera instancia— principalmente por ser la demandante codeudora en la relación jurídica que originó el embargo. (R.S.A.).

## 6. DERECHO DE SUCESIONES

**36. Aplicación del derecho de representación sucesoria.**— El mecanismo representativo regulado en los artículos 924 y ss. del C.<sup>o</sup> Civil acoge un criterio falto de equidad, al impedir que en los casos de repudiación del primer llamado puedan suceder sus hijos o stirpe en la herencia de su ascendiente, ya que solo se admite dicho mecanismo para que los parientes de una persona puedan sucederle en los derechos que esta tuviese en la herencia de su ascendiente si viviese o hubiese podido heredar, mas no en el supuesto de repudiación, sobre la base de que en este caso la persona en cuestión no ha querido suceder. Por otra parte este mecanismo sólo opera en nuestro derecho en la sucesión intestada.

**Sustitución hereditaria simple: interpretación de cláusula testamentaria.**— La cláusula testamentaria por la que un hipotético causante instituya herederos respecto de sus bienes, derechos y acciones «a todos sus hijos a partes iguales sustituidos por sus descendientes legítimos si a ello hubiese lugar» debe ser interpretada en el sentido de que establece una sustitución simple o vulgar de las reguladas en el artículo 774 del Código civil, tanto por la mención de la voz «sustitución» como por la no especificación de los casos en que debe darse lugar a la misma.

**Prescripción de la acción de petición de herencia.**— Una acción de petición de herencia o declaración de heredero es una acción «*per se*» de carácter universal cuyo contenido no sólo se integra por el ejercicio de derechos personales sino también de derechos reales (art. 659 C.<sup>o</sup> civil), en virtud de lo cual ha de subsumirse a efectos de la prescripción en la normativa contenida en los artículos 1962 y 1963 del C.<sup>o</sup> civil, es decir, su plazo prescriptivo será de treinta años al no poderse excluir de antemano la existencia en el patrimonio relicto de derechos sobre bienes inmuebles.

**Extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art. 178.1 C.<sup>o</sup> civil).**— La cualidad hereditaria de una persona sobre la herencia de su abuelo, proveniente de la repudiación efectuada por su padre

en combinación con una cláusula testamentaria de sustitución vulgar, no queda afectada por el hecho de que con carácter posterior (es decir, tras el otorgamiento testamentario, muerte del causante y repudiación del heredero en cuestión) aquella persona sea adoptada. Todo ello al margen de que su padre biológico o por naturaleza continúe vivo, puesto que su cualidad hereditaria no procederá de la relación de parentesco con éste, y al margen también de que la adopción se hubiese llevado a cabo conforme a la anterior Ley, de 4 de julio de 1970, y deba luego registrarse por la actual (Ley 21/87 de 11 de noviembre), en la que se prevén los efectos jurídicos del 178.1 C.º civil, ya que la retroactividad de las leyes de adopción no significa que éstas extiendan sus efectos a la época en que la persona no había sido todavía adoptada.

**Cesión de derechos hereditarios con posterioridad a la repudiación.**— La repudiación de una herencia origina consecuencias irrevocables según lo dispuesto en el artículo 997 C.º civil, de manera que cualquier intento posterior de cesión de sus derechos hereditarios por parte del repudiante dará lugar a un acto jurídico inexistente por falta de consentimiento de quien legalmente podía prestarlo.

**Litispendencia.**— No procede apreciar la excepción de litispendencia (art. 533.5.º de la L.E.C.) —cuyo objeto es tutelar y prevenir la cosa juzgada— simplemente porque se produzca una coincidencia entre las partes del proceso presente y las de otro todavía abierto, siempre que se constate que la causa de pedir es diferente en uno y otro caso. (STS de 27 de noviembre de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— El demandante había solicitado en primera instancia que se le declarase heredero de su abuelo —en virtud de una cláusula de sustitución vulgar insertada en el testamento de éste— en lugar de su padre por naturaleza (con posterioridad el actor sería adoptado por su tío abuelo), el cual había repudiado sus derechos hereditarios. Asimismo pedía que se declarase nulo un acto ulterior de cesión de sus derechos hereditarios efectuado por el repudiante sin su consentimiento, así como diversos actos de enajenación y disposición que siguieron a aquél.

No habiéndose entrado a conocer del fondo del asunto en primera instancia por acogerse la excepción de litispendencia, en apelación se acogieron básicamente las pretensiones esgrimidas por el actor. Contra esta sentencia, que finalmente devino firme, se elevaron sendos recursos de casación por parte de actor y demandados, los cuales fueron totalmente desestimados (R.S.A.).

**37. Partición hereditaria: Rescisión por lesión.**— Como había venido reiterando con anterioridad el Tribunal Supremo, las operaciones particionales, una vez concluidas por convenio de los herederos ó aprobación judicial, son rescindibles en el supuesto de lesión en más de la cuarta parte, como resulta de lo dispuesto en el artículo 1.074 del Código Civil, salvo en los supuestos previstos en los artículos 1.075 y 1.078 del propio código. Afirmar la no rescindibilidad del cuaderno particional presentado por el contador-partidor designado de común acuerdo por los coherederos, por efecto de la inatacabilidad del contrato celebrado, olvida no solo el texto genérico del artículo 1.290 del Código Civil, según el cual, los contratos válidamente celebrados podrán rescindirse en los casos establecidos por la ley, sino también lo espe-

cíficamente dispuesto en el artículo 1.074 del mismo texto legal (STS 18 de mayo de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— La sentencia dictada por la Audiencia de Valladolid que, al confirmar la apelada procedente del juzgado de 1.<sup>a</sup> instancia de León, declaró la rescisión por lesión del cuaderno particional aprobado en el correspondiente juicio de testamentación, es impugnada por la demandada argumentando entre otros motivos que no vienen al caso, que la naturaleza contractual que concurre en la partición llevada a cabo la hace obligatoria para los interesados coherederos. (*I.H.M.*).

**38. Liquidación de la sociedad de gananciales.**— Hay que entender incluidos en el activo de la sociedad de gananciales los valores actualizados de los bienes privativos enajenados para cubrir atenciones de la sociedad conyugal.

**Legitimación para solicitar la nulidad por inoficiosidad de las donaciones.**— La legitimación la tienen los legitimarios pero desde el momento en que lo son, esto es, a la muerte del causante. En vida del *de cuius* no pueden los hijos impugnar ni solicitar reducción de las donaciones realizadas por su causante. (STS de 30 de marzo de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— Don L.M. y Don A.M.S.O., actuando por sí y en interés de la comunidad hereditaria que forman con su hermano Don M.F.S.O., demandaron por los trámites del juicio de menor cuantía a su padre Don M.S., casado en primeras nupcias con Doña M.T.O.G., y, a la muerte de ésta, con Doña M.L.B.D., también demandada. Solicitaban que se declarase la nulidad de la liquidación de sociedad de gananciales de sus padres así como de la partición de herencia de su madre, en las que habían sido representados por defensor judicial. Aducían para lograr tal pretensión que no se habían reintegrado los bienes propios de la causante consumidos en atenciones de la sociedad de gananciales. Además, no se habían incluido en el inventario unos bienes que tenían la condición de gananciales por haberse adquirido después del matrimonio mediante documento privado y que, fallecida su madre, se habían escriturado a nombre de su padre. A la vista de todos estos hechos, solicitaban la declaración de la nulidad de la escritura en la que se protocolizaron la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición hereditaria. Subsidiariamente, pedían que se obligase a su padre a realizar una partición adicional, así como la declaración de reservables de los bienes heredados por D.M.S. de su primera esposa; y que se declarase que las transmisiones por la vía de la venta que directa o indirectamente había realizado su padre en favor de su segunda esposa, encubrían donaciones inoficiosas sujetas a reducción. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda declarando que la escritura debía ser complementada con determinados bienes que tenían la condición de gananciales y no de privativos, la nulidad de las transmisiones «en el supuesto de no estar en el patrimonio del demandado, salvo que estén en poder de terceros» (sic), y la obligación de reservar bienes inmuebles que se le asig-

naron en pago del tercio de libre disposición así como los que se adicionaron posteriormente. La sentencia fue apelada por actores y demandados. La Audiencia estimó parcialmente el recurso de los demandados confirmando exclusivamente la declaración de reservas pero revocando la de la instancia en cuanto a la adición y complemento de la partición. Contra la sentencia de la Audiencia interpusieron los actores recurso de casación. (N.M.I.).

**39. Colación de bienes: materia colacionable.**— El art. 1.035 del C.c., al referirse a la materia colacionable, menciona dos conceptos específicos (dote y donación) y uno genérico con la expresión «u otro título gratuito». El órgano «a quo» se remite a la Sentencia de 3 de junio de 1965 que en un minucioso estudio de la colación y sus caracteres o requisitos, establece que «en el concepto de donación habrá de comprenderse tanto las que se llaman «propias», incluidas en el artículo 618 del C.c., como las «impropias» que suponen enriquecimiento del beneficiado por ellas sin efectiva y simultánea transmisión de bienes, en cambio cuando la ley habla, con carácter general de otro título gratuito, ha de entenderse que el mismo ha de reunir los requisitos de ser derivativo y dimanante del de cuius, con lo que se excluyen los que no reúnan tales caracteres siendo ajeno por tanto, a la materia colacionable cuanto no sea lucro que procede de la voluntad del causante. Bien tenga por causa una obligación incumplida cualquiera, apropiación unilateral, rendición de cuentas, anticipos reintegrables o cualquier otro débito, convencional o legal, ajeno al motivo específico a que se refiere el art. 1.035 del C.c.».

**Comunidad de bienes. Interpretación de la remisión del artículo 406 del Código civil.**— De acuerdo al art. 406 del C.c., «serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia», remisión, que según la sentencia declara, «ha de entenderse hecha no sólo a las normas relativas a las operaciones patrimoniales de la división, sino a los principios informadores de la misma, siendo los preceptos aplicables en virtud de esta remisión de los contenidos en los artículos 1.051 a 1.081 del Código civil».

**Enriquecimiento sin causa. Existencia. Descripción.**— La Sala, ante el supuesto de posesión de una finca por uno sólo de sus copropietarios, haciendo suyos los frutos y productos de la misma establece que «el poseedor viene obligado a rendir cuentas de esa administración y a entregar a su comunero la mitad de los beneficios líquidos obtenidos durante el período que duró la indivisión, de conformidad con el art. 393 del C.c., ya que en otro caso se produciría un enriquecimiento sin causa, (...), sin que pueda entenderse que se ha producido la prescripción de la acción así ejercitada, ya que no resulta aplicable al caso el art. 1.966.2 del C.c. pues no se trata de una reclamación de la renta arrendaticia aunque para acudir a la fijación del montante de la deuda se acuda a ese criterio determinativo».

**Honorarios de Abogado y Procurador. Reclamación. Relación de parentesco.**— «Calificada la relación contractual que se establece entre el Abogado y su cliente de arrendamiento de servicios, ha de tenerse en cuenta que para que tal contrato surja, de acuerdo con el art. 1.544 del C.c. es necesario que la prestación del servicio tenga como contraprestación un precio cierto que ha de satisfacer el comitente, por lo que la asunción de la defensa de parientes dentro de los límites que establece el art. 20 del Estatuto General de la Abogacía por quien tiene el título de licenciado en derecho y es habilitado

para ello, carece de onerosidad esencial del contrato de arrendamientos de servicios, lo que impide otorgar a esa relación tal carácter en la que se conde- ne en costas a la otra parte litigante».

En cuanto a la reclamación de derechos devengados por la actuación como procurador, se afirma que «es clara también la naturaleza gratuita del mandato debido a esa relación de parentesco existente entre las partes, si bien el actor debe ser reembolsado de aquellas cantidades que en concepto de su- plidos haya realizado». (STS de 25 de mayo de 1992; ha lugar).

**HECHOS.**— Se formula demanda, en juicio declarativo ordinario sobre reclamación de cantidad y otros extremos. El Juzgado de Pri- mera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda. En grado de apelación dictó sentencia estimando en parte la demanda. El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de la Audiencia, re- voca la del Juzgado y dicta otra estimando parcialmente la deman- da. (O.M.B.).

## II. DERECHO MERCANTIL

**40. Seguro de responsabilidad civil derivada del automóvil. Diferen- cia entre seguro voluntario y seguro obligatorio. Excepción de cosa juz- gada.**— Basándose en la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS, entre otras, de 8 de mayo y 23 de octubre de 1980), así como de la Sala segunda de este Tribunal (SSTS, entre otras, de 8 de marzo y 28 de junio de 1987), la sen- tencia declara que «no pueden confundirse ni fusionarse un seguro con el otro...., puesto que uno tiene carácter legal y trata de solventar una responsabi- lidad objetiva atenuada, mientras el otro deriva de la voluntad contractual con libertad de pactos».

**Excepción de cosa juzgada. Inexistencia: diversidad de personas y de causas de pedir.**— Partiendo de la diferencia anteriormente expuesta, se afir- ma en la sentencia que nos encontramos en este caso ante dos causas de pedir distintas, lo cual impide apreciar la identidad de causas que se exige para apreciar la referida excepción, añadiendo que «es evidente que los pronuncia- mientos de la sentencia aquí impugnada, no han renovado o actuado pretensiones ya resueltas, al decidir sobre el seguro voluntario antes no contemplado ni inter- pretado, por lo que en modo alguno contradice el contenido de la Sentencia firme anterior, que expresamente declaró que nada resolvía sobre el seguro voluntario; doctrina seguida por la Sentencia de esta Sala, de 21 de julio de 1988; ni puede, por otra parte, estimarse que la resolución anterior, únicamen- te versante sobre el seguro obligatorio, pueda comportar, distorsión que afecte a la esencia íntima del seguro voluntario, según doctrina que inspira la Sen- tencia de 4 de mayo de 1989».

La sentencia, a su vez, declara que la identidad absoluta de personas que, para apreciar la referida excepción exige el artículo 1.252 del Código civil, se ve igualmente alterada por la circunstancia de que actuaron como demandan- tes no sólo la esposa del fallecido en el accidente sino también sus tres hijos, los cuales no intervinieron en el pleito anterior. (STS de 12 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— A causa del fallecimiento en accidente de circulación de Don S.C.G. su esposa e hijos reclaman la indemnización basada en contrato de seguro voluntario concertado por el causante del accidente, Don I.C.G., fallecido en el mismo, con la Compañía de Seguros DAPA S.A. tras haber ejercitado la primera en proceso anterior acción fundada en el seguro obligatorio de responsabilidad civil. (A.G.B.).

**41. Transporte marítimo. Responsabilidad del capitán del buque.—**

Es posible demandar sólo al capitán exigiendo la responsabilidad por los daños producidos al cargamento durante el viaje, con alcance que externamente reviste la naturaleza solidaria, aunque internamente las relaciones de reparto o distribución de la responsabilidad resultante y las acciones de repetición que correspondan se rigen por criterios diferenciados (solidaridad impropia) y, sin que ello sea óbice, para que si, no obstante, se acreditare que los daños y perjuicios se produjeron sólo por falta náutica (de cuya responsabilidad queda exento el porteador: art. 8 a) LTM. 1949) se condene a éste sin hacer extensiva la responsabilidad al porteador.

**Defecto litisconsorcial.**— En el Derecho actual, según proclaman sentencias de esta Sala, el defecto litisconsorcial puede ser corregido, mediante el emplazamiento de los que debieron ser demandados, a cuyo efecto, puede utilizarse la comparecencia obligatoria del art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de donde se deduce que su apreciación tardía no puede llevar a una mera absolución de la instancia, sino a una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, al acto de la referida comparecencia al efecto de la correspondiente subsanación.

**Exceptio plurium consortium.**— Resulta, además, sumamente dudoso, que, a la vista de los arts. 238 a 240 de la ley Orgánica del Poder Judicial, conforme a una interpretación concorde con el espíritu del art. 24 de la Constitución, que se pueda, en segunda instancia, introducir de oficio la *exceptio plurium consortium*, sin dar oportunidad a las partes de que expongan lo conveniente a su derecho, por lo que parece sumamente razonable, en supuestos de esta naturaleza, poner la posible causa, a revelar de oficio, de manifiesto a las partes, con suspensión del plazo para dictar sentencia, ofreciéndoles por plazo breve, audiencia para defenderse (STS de 14 de mayo de 1992; ha lugar).

HECHOS.— La demanda origen de estas actuaciones se dirigió contra el capitán del buque de bandera hondureña Malu, para que fuera condenado al pago de determinada suma, importe de los daños causados a la entidad actora, y hoy recurrente, en el transporte de pescado congelado desde Abidjan a Villagarcía de Arosa, como consecuencia del modo negligente y culposo de realizar el contrato de transporte por mar por parte del demandado. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia apreció la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Prospera el recurso de casación. (A.C.S.).

**42. Contrato de cuentas en participación.**— La situación jurídica no es constitutiva de un contrato de cuentas en participación, como sostiene y defiende el recurrente, sino la de una efectiva sociedad irregular de naturaleza

más bien mercantil, toda vez que el ánimo de asociarse y su realidad comercial se presenta proyectado sobre un negocio lucrativo abierto al público, conforme a los artículos 1.665 y 1.670 del Código Civil y 116 y 117 del Código de Comercio, rigiéndose los socios por sus pactos contractuales, siempre que reúnan los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil y en cuanto sean compatibles con la normativa del Código de comercio, así como la correspondiente del Código Civil (Sentencias de 24-3-1952, 20-5-1982, 21-6-1983, 20-2-1988, 3-4, 6 y 8-11-1991). (...) El pretendido contrato de cuentas en participación no ha tenido lugar ni es aplicable la institución a la situación que se enjuicia, pues aquel convenio se apoya en la existencia real de un propietario-gestor que recibe aportaciones de capital ajenas y las hace suyas para dedicarlas al negocio en que se interesan dichos terceros, los que no tienen intervención alguna en el mismo, salvo las derivadas del lucro que pretenden obtener con la contribución de capital que efectúan. En todo caso se precisa la no concurrencia de un patrimonio común independiente del privativo del titular y del de los interesados. (STS de 4 de diciembre de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— El recurrente en casación juntamente con los demandados, su cuñado y el tío de ambos, acordaron verbalmente asociarse para proceder con ánimo de lucro a la explotación de una gasolinera, concediendo al primero la titularidad del negocio frente a CAMPSA. Posteriormente decidieron formalizar el acuerdo mediante documento privado en el que pactaron la constitución de una efectiva sociedad irregular por iguales terceras partes, proporción en la que habrían de acceder al reparto de beneficios. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (A.R.M.).

**43. Contrato de descuento como contrato complejo y atípico.**— El contrato de descuento no es asimilable ni al préstamo mutuo ni a la compraventa de créditos.

**Legitimación de la Entidad Descotante.**— Está facultada para ejercitar la acción cambiaria ejecutiva u ordinaria declarativa o la de reembolso en vía de regreso, pero no está obligada a entablar acción ejecutiva una vez que se produzca el impago.

**Enriquecimiento injusto.**— Para apreciar el enriquecimiento injusto es necesario que concurren los siguientes requisitos: enriquecimiento de una parte, correlativo empobrecimiento de la otra como consecuencia del enriquecimiento de la anterior e inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de este principio al caso concreto. (STS 25 de marzo 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— La actora, Mapfre Finanzas de Guipúzcoa, Entidad de Financiación S.A. interpone juicio declarativo de menor cuantía contra D. Angel O.H. y su esposa doña M.<sup>a</sup> Luisa I.I., en reclamación de cantidad por el importe total de unas letras cambiales más gastos de protesto e intereses de demora.

La reclamación de cantidad es resultante del adeudo de dichas cambiales en las que figuraba el demandado como tomador a la orden. Estas letras habían sido objeto de contrato de descuento suscrito por el



demandado y Mapfre Finanzas de Guipúzcoa, Entidad de Financiación: siendo ésta última, la entidad descontante.

Llegada la fecha de vencimiento, las letras no fueron pagadas y la Entidad descontante interpone demanda contra el tomador a la orden. El Juzgado de Primera Instancia condena a los demandados. Contra dicha sentencia, los demandados interponen recurso de apelación que fue estimado parcialmente. Don Angel H.O. interpone recurso de casación contra la sentencia de apelación. (N.M.I.).

**44. Determinación de la semejanza en la denominación en materia de marcas (de acuerdo con la regulación del Estatuto de la Propiedad Industrial).—** Al no establecer la Ley reglas precisas en orden a la determinación de las denominaciones semejantes, en materia de marcas, ha de ser el Tribunal el que fije en cada caso su criterio mediante el estudio analítico y comparativo en la instancia. Entre los criterios complementarios fijados jurisprudencialmente ocupa lugar preferente el que propugna una visión de conjunto sintética de la totalidad de los elementos integrantes de cada marca confrontada, sin descomponer su unidad fonética y gráfica, atendiendo a la impresión que normalmente ha de producir la denominación en el público consumidor.

**Protección de los consumidores y usuarios a través del «ius prohibendi» conferido al titular de una marca.—** El titular de una marca registrada posee un derecho subjetivo de exclusiva utilización de su marca, lo cual le faculta en un sentido negativo para prohibir que los terceros usen de un signo igual o semejante al suyo para distinguir productos o servicios idénticos o similares. Pero lo que en definitiva persigue ese «ius prohibendi» es eliminar el riesgo de confusión de los consumidores y usuarios, con lo cual se atiende no sólo al interés del titular de la marca sino además al interés más general de los consumidores destinatarios finales, al no ser engañados ni inducidos a error en el mercado. (STS de 14 de abril de 1993; ha lugar).

**HECHOS.—** La sentencia del Tribunal Supremo casa y anula la otorgada en apelación, que desestimaba la demanda interpuesta y absolvía totalmente a la demandada, y al mismo tiempo confirma en todo la sentencia dictada en primera instancia a favor de la parte actora. Esta era una entidad mercantil que había venido publicando una revista sobre temas de caza con el mismo título de una marca registrada a su favor («CAZA Y SAFARIS»), y que solicitaba se decretase la violación de su derecho exclusivo sobre dicha denominación a cargo de la demandada, la cual había introducido junto al título («TIRADORES») de una publicación similar, la expresión «CAZSAFARI».

**NOTA.—** La sentencia que nos ocupa enjuicia unos hechos ocurridos con antelación a la promulgación de la actual Ley 32/1988 de Marcas, de 10 de noviembre, cuya entrada en vigor se produjo —a tenor de su Disposición Final 1.<sup>a</sup>— a los seis meses de su publicación en el BOE (n.º 272, de 12 de noviembre). Por eso puede verter una afirmación (la de que la Ley no establece criterios precisos para la determinación de la semejanza entre denominaciones) que no es correcta formular tras la aprobación de la mencionada Ley. En efecto, en su artículo 12.1 se establece, siguiendo un razonamiento por lo demás bas-

tante parejo al de la sentencia reseñada, que «no podrán registrarse como marcas los signos o medios que por su identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca anteriormente solicitada o registrada para designar productos o servicios idénticos o similares puedan inducir a confusión en el mercado o generar un riesgo de asociación con la marca anterior». (R.S.A.).

**45. Nombres comerciales. Identidad o semejanza. Coincidencia de términos o actividad.**— *Identidad* equivale a igualdad o coincidencia plena determinada por recíproca exactitud, y no existe cuando puede observarse una patente diferenciación y eficacia individualizadora que aleja toda situación de absoluta igualación o de enmascaramiento.

La *semejanza* se presenta como concepto jurídico indeterminado, que ha de ser apreciada desde las ópticas fonológicas, gráficas o conceptuales y pautas generales de comportamientos colectivos, usos sociales y comerciales que puedan precisar la concurrencia o no de analogías denominativas entre los nombres comerciales enfrentados, lo que conlleva la necesaria operación jurídica de análisis comparativo de los mismos, a efectos de determinar la concurrencia de su compatibilidad en el mercado de servicios donde las partes despliegan su actividad mercantil, y con la finalidad de evitar el precepto prohibitivo (Sentencias de 19-4-1985, 2-6-1986 y 20-11-1991).

Desde el punto de vista conceptual y semántico, el significado de los vocablos integrantes de los nombres comerciales contendientes refuerza la conclusión de la disparidad que representan en su perspectiva estructural, de significación y de conocimiento por el público, pues la simple *coincidencia parcial e inicial de los términos* no ha de ser estimada necesariamente como generadora de situaciones de semejanza, cuando los vocablos añadidos a los coincidentes están dotados de la suficiente carga semántica y eficacia particularizadora para producir una adecuada identificación de dicha empresa, suficiente y apta para evitar inducir a error a los clientes y confusión en el mercado, sin merma ni afección negativa para la marca prioritaria o inscrita (Sentencia de 3 de junio de 1991, que cita las de 9-5-1983, 30-4-1986, 23-10-1987, 16-12-1989 y 2-4-1990).

El hecho de darse sólo *coincidencia respecto a la actividad comercial*, no es decisivo ni tiene operatividad absoluta, al no desarrollarse por la demandada actividades prohibitivas constatadas e ilegales, las que, por otra parte, tienen lugar en áreas geográficas distintas y muy alejadas, sin que se hubiera probado coincidencia alguna transcendental en sus funciones, con repercusión lesiva en los intereses comerciales y económicos de la sociedad demandante.

**Identificación de establecimientos. Rótulos publicitarios.**— Las empresas que concurren a los diversos mercados se identifican aspirando en cierto modo obtener blindaje de protección legal, entre otras formas, mediante los rótulos que afectan a los establecimientos y locales que sirven de sede para sus respectivas funciones mercantiles.

Su protección registral exige la oportuna inscripción y está orientada a evitar la competencia dentro de un mismo término municipal; y no es suficiente la sola inscripción registral de nombre comercial para proyectarla con efectos prohibitivos a toda clase de rótulos que puedan usar establecimientos y negocios comerciales ajenos, máxime si no se dá incompatibilidad de nom-

bres comerciales y menos concurrencia localizada e intencionalidad lesiva acreditada por el efectivo aprovechamiento indebido de las ventajas de la reputación comercial que pueda gozar la parte recurrente (Sentencia de 29-11-1991). (STS de 22 de marzo de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— La entidad «V.A., S.A.» formuló demanda sobre propiedad industrial contra «V.A.C., S.A.», por confusión de nombres comerciales y rótulos, suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que se condene a la demandada a cesar en el uso de su denominación social y cambiar el nombre comercial de su actividad empresarial por otro que no sea semejante ni confundible con el de la actora, a indemnizar a la demandante los daños y perjuicios ocasionados con el uso indebido de la denominación, a la retirada de los rótulos publicitarios y demás documentos y enseres que contengan el término comercial impugnado, así como a la publicación de la sentencia mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación por ambas partes, no prospera para la demandante y el Tribunal Supremo, en favor de la demandada, declara haber lugar, casando y anulando la resolución dictada en apelación y confirmando la sentencia desestimatoria total dictada en Primera Instancia. (R.D.R.).

### III. DERECHO PROCESAL

**46. Recurso de Casación: Normas generales. Valor referencial de las sentencias dictadas por otras Salas del Tribunal Supremo.**— El alegato estricto y en solitario de un precepto administrativo, según la Sala sentenciadora, no puede hacer prosperar el recurso planteado, pues «las normas de tal naturaleza no son invocables para fundar en ellas la casación civil». Sobre esta base la sentencia recoge la doctrina jurisprudencial más relevante sobre esta materia (Sentencias de 5 de abril de 1972, 16 de marzo de 1987, 7 de enero de 1988, 10 de julio de 1991 y 19 de julio de 1991).

No obstante lo anteriormente expuesto, el órgano «*a quo*» interpreta el aspecto genérico y amplio que contiene el núm. 5 del artículo 1692 de la L.E.C., en cuanto se refiere a infracción de normas del ordenamiento jurídico y que la Exposición de Motivos de la Ley 34/84 de 6 de agosto, configura de manera coherente con el texto constitucional, en relación no solo a la ley, sino también a la costumbre, principios generales del Derecho y Jurisprudencia. En este sentido, la Sala declara que las sentencias contencioso-administrativas que el motivo también cita y reseña, no afectan a derechos de estricta naturaleza civil y no constituyen propia jurisprudencia para amparar la argumentación casacional.

«Las referidas resoluciones corresponden a la potestad jurisdiccional de los Tribunales Ordinarios, dentro de los cuatro órdenes que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 8 y 24 y normativa concordante) y por ello no suponen total desconocimiento de las sentencias de otras Salas de este Tribunal Supremo y carentes de todo valor, ya que lo tienen efectivamente referencial. Las aportadas no son decisivas y directamente contradictorias del

supuesto de autos, que debe ser enjuiciado desde la óptica civil, en cuanto se refiere a los derechos de los recurridos como asociados y con la incidencia aplicativa de la institución de la renuncia que contiene el artículo 6 del Código civil, ya que el Consejo Rector de la Cooperativa era el órgano competente y no el instructor de expediente, para decretar su expulsión, sin que ejercitara tal función y potestad». (STS de 25 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Los recurridos, ostentando la condición de socios fundadores de la Sociedad Cooperativa El Calar de la Puebla, fueron sometidos a expediente disciplinario, iniciado el 25 de octubre de 1983, en razón de haberse negado a firmar unos préstamos que la Cooperativa anteriormente había solicitado. Como consecuencia de ello se les notificó a los interesados la sanción de expulsión hasta que fueran evaluados los daños y perjuicios ocasionados por su oposición a la firma de dichos préstamos y avales, que fue decretada por el instructor del expediente, que dió cuenta al Consejo Rector el 5 de noviembre de 1984, poniéndose en conocimiento de la Asamblea General el 31 de diciembre de 1984. Los ahora recurridos postularon el reintegro de su condición de socios de pleno derecho a la Cooperativa, con el derecho a trabajar en la misma y otras peticiones complementarias que fueron acogidas parcialmente en la Sentencia de la instancia, confirmándose en apelación. La entidad El Calar de la Puebla interpuso recurso de casación contra esta sentencia, con apoyo en el siguiente motivo único: conforme al núm. 5 del artículo 1692 de la L.E.C. por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha interpretado el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no prosperando el recurso. (A.G.B.).

